

ePub^{WU} Institutional Repository

Guenter Tiefenbacher

Zwingendes Recht im Vertragsrecht: Eine allgemeine und rechtsökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Sachmängelgewährleistung

Thesis

Original Citation:

Tiefenbacher, Guenter (2016) *Zwingendes Recht im Vertragsrecht: Eine allgemeine und rechtsökonomische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Sachmängelgewährleistung*. Doctoral thesis, WU Vienna University of Economics and Business.

This version is available at: <http://epub.wu.ac.at/5131/>

Available in ePub^{WU}: September 2016

ePub^{WU}, the institutional repository of the WU Vienna University of Economics and Business, is provided by the University Library and the IT-Services. The aim is to enable open access to the scholarly output of the WU.

Dissertation

Zwingendes Recht im Vertragsrecht

Eine allgemeine und rechtsökonomische Untersuchung unter besonderer
Berücksichtigung der Sachmängelgewährleistung

Mag. Günter Tiefenbacher

Abstract

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Suche nach möglichen Rechtfertigungen für zwingende Bestimmungen im Privatrecht. Da das Privatrecht stark vom Prinzip der Privatautonomie geprägt ist, werfen zwingende Bestimmungen die grundsätzliche Frage auf, ob diese wirklich notwendig sind. In der Arbeit wird gezeigt, dass zwingende Bestimmungen anhand verschiedener rechtsökonomischer Beurteilungsmaßstäbe analysiert werden können.

So kann eine zwingend ausgestaltete Sachmängelgewährleistung (§§ 922 bis 933 ABGB), welche § 9 KSchG für Verbrauchergeschäfte festlegt, die Möglichkeiten des Übergebers einschränken auf seine gute Leistungsqualität hinzuweisen (Signalling).

Dies könnte eine unerwünschte negative Selektion und somit Ineffizienzen am Markt zur Folge haben. Die Arbeit verbindet den Aspekt des Signallings im Gewährleistungsrecht mit den Erkenntnissen der Verhaltensökonomie und kommt zum Ergebnis, dass zwingende Gewährleistungsbestimmungen teilweise notwendig sind, um Ineffizienzen entgegenzuwirken.

This thesis offers an inquiry into possible justifications for mandatory provisions in private law. Since private law is strongly grounded in the principle of private autonomy, mandatory provisions raise the fundamental question whether they are really necessary. The thesis demonstrates that mandatory provisions may be analysed with reference to various yardsticks of law and economics.

Thus, if a warranty against defects (§§ 922 to 933 of the Austrian Civil Code) is rendered mandatory, as is the case for consumer contracts by virtue of § 9 Consumer Protection Act, the opportunities for the seller to signal the good quality of his performance are reduced.

This could lead to an undesirable negative selection and thus to inefficiencies in the market. The thesis links the aspect of signalling in the law on warranties with the insights of behavioural economics and concludes that mandatory provisions on warranties are partly necessary to counteract inefficiencies.

INHALTSVERZEICHNIS

EINLEITUNG.....	4
A. UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND UND METHODE.....	4
B. DAS PROBLEM DES PRIVATRECHTS MIT DEM ZWINGENDEN RECHT	5
C. AUFGABENSTELLUNG UND THEMENEINGRENZUNG	9
I. ZWINGENDES RECHT UND PRIVATAUTONOMIE.....	11
A. DIE AUFGABEN DES ZWINGENDEN RECHTS.....	11
B. BEGRIFF UND VERORTUNG DES ZWINGENDEN RECHTS.....	14
1. Dispositives Recht vs zwingendes Recht.....	14
2. Müssen Vertragsabschlussbestimmungen zwingend sein?	16
3. Das Begriffspaar billiges Recht – striktes Recht	17
4. Ist zwingendes Recht komplizierter?	19
5. Ist zwingendes Recht untypisch für das Privatrecht?	21
6. Sind die Begriffe zwingend und dispositiv überholt?	22
7. Alternative: Optionales Recht.....	23
8. Zwingendes Recht im Familienrecht	26
9. Das zwingende Recht im Sachenrecht	27
10. Zwingendes Recht in Sonderprivatrechten	29
C. WANN IST EINE BESTIMMUNG ZWINGENDER NATUR?	33
D. DER BEGRIFF DER PRIVATAUTONOMIE	38
1. Allgemein.....	38
2. Die Vertragsfreiheit.....	42
a. Abschlussfreiheit	43
b. Inhalts- und Gestaltungsfreiheit.....	45
c. Formfreiheit	47
3. Verfassungs- und grundrechtliche Betrachtung	49
a. Wirkungsweise der Grundrechte für das Privatrecht.....	51
b. Kann Privatautonomie ein Grundrecht sein?.....	52
E. HISTORISCHE UND RECHTSPHILOSOPHISCHE GRUNDLAGEN	54
1. Die Gegenwart als Ausgangspunkt	54
2. Der Stellenwert von zwingendem Recht geschichtlich betrachtet.....	57
a. Zwingendes Recht im Römischen Privatrecht.....	57
i Grundsätzliche Relevanz	58
ii Zum Begriff ius cogens.....	59
iii Privatautonomie im Römischen Recht	60
iv Das zwingende Vertragskorsett im römischen Recht.....	61
v Laesio enormis	62
b. Zwingendes Privatrecht in den Lehrbüchern historisch betrachtet.....	62

II. ZWINGENDES RECHT AUS RECHTSÖKONOMISCHER SICHT 67

A. RECHTSÖKONOMISCHE GRUNDLAGEN.....	70
1. Die "wirtschaftliche" Betrachtungsweise.....	70
2. Was ist Rechtsökonomie?	71
3. Kurze Entwicklungsgeschichte	74
4. Das rechtsökonomische Verhaltensmodell	75
B. WOHLFAHRTSTHEORIE UND RECHTSWISSENSCHAFT	77
1. Das Pareto-Kriterium	78
a. Allgemein.....	78
b. Ist zwingendes Recht pareto-effizient?	79
2. Das Kaldor-Hicks-Kriterium	82
a. Allgemein.....	82
b. Zwingendes Recht.....	83
c. Zwingende Gewährleistung	83
3. Das Theorem nach Roland-Coase	84
a. Allgemein.....	84
b. Der Umgang mit externen Effekten	86
c. Die Rolle des Privatrechts bei der Internalisierung externer Effekte ..	87
d. Die Rolle des zwingenden Rechts.....	88
4. Markt und Marktversagen.....	91
a. Der Markt als Modell.....	91
b. Der Markt aus der rechtlichen Perspektive	92
c. Beispiele des Marktversagens	93
d. Das falsch verstandene Marktversagen	95
C. DER VOLLSTÄNDIGE VERTRAG.....	96
D. DIE PRINZIPAL-AGENT THEORIE	99
E. BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS	101
1. Endowment-Effekt	104
1. Framing-Effekte	107
2. Zeitinkonsistente Präferenzen	108
3. Falsches Einschätzen von Wahrscheinlichkeiten.....	109

III. ZWINGENDES GEWÄHRLEISTUNGSRECHT UNTER DEM ASPEKT DER INFORMATIONSTRANSFER 113

A. RECHTLICHE WÜRDIGUNG VON INFORMATIONASYMMETRIEN	115
1. Vertragsabschlussmechanismus.....	119
2. List § 870 ABGB	121
3. Irrtum § 871 ABGB	122
4. Culpa in contrahendo	123
5. Laesio enormis	124
6. Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen	125

B. DAS MARKTVERSAGEN IM "MARKET FOR THE LEMONS"	128
1. Grundannahme: perfekte Rationalität	128
2. Adverse Selection	128
3. Das Zitronenmodell und die Privatautonomie	132
4. Verhinderung von Negativauslese	133
a. Screening und Selbstselektion	133
b. Signalling	136
C. DIE SIGNALLING-HYPOTHESE	138
1. Exkurs: Spieltheorie	139
a. Wie löst man ein Entscheidungs dilemma?	140
b. Die dominante Strategie	141
c. Ist "gestehen" die pareto-optimale Strategie?	142
d. Das (Nash-) Gleichgewicht	142
2. Das Signalling-Game	144
a. Trenngleichgewicht	145
b. Pooling-Gleichgewicht	146
c. Single-Crossing-Bedingung	146
d. The informational feedback in the job market	147
3. Das Signalling-Game im Konsumgütermarkt	147
a. Die Signalling-Hypothese für Garantien	147
b. Folgen aus der Signalling-Hypothese	150
c. Die Versicherungsfunktion	150
4. Die Prospect Theory	153
a. Ausgangslage	153
b. Mathematisch-logisches Modell inkl. beschränkter Rationalität	154
c. Auswirkungen der Prospect Theory	156
D. DIE BEDEUTUNG FÜR DAS ZWINGENDE GEWÄHRLEISTUNGSRECHT	157
1. Allgemeines Verständnis der Gewährleistung	157
2. Begrenzte Signalisierungsmöglichkeiten durch zwingende Gewährleistungsbestimmungen	162
a. Allgemein	162
b. Leistungsbeschreibungen	164
c. Fristveränderung als Signal	167
3. Verhaltensökonomische Aspekte und zwingendes Gewährleistungsrecht	170
a. Die Grenzen der Neoklassik und des Informationsmodells	170
b. Die Informationsübertragungsfunktion der Gewährleistung im Lichte der Verhaltensökonomie	172
IV. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS	177
LITERATURVERZEICHNIS	185

EINLEITUNG

A. Untersuchungsgegenstand und Methode

Warum gibt es zwingendes Recht im Privatrecht? Der Frage will ich in dieser Arbeit nachgehen. Der rote Faden ist das zwingende Recht. Er spannt sich von einer überblicksmäßigen und allgemeinen Rundschau bis hin zu einem ausgewählten Gebiet, dem des Gewährleistungsrechts. Meine Darstellung des Themas widmet sich zu Beginn den allgemeinen Fragen und dann dem speziellen methodischen Blickwinkel der Rechtsökonomie.

Bei zwingendem Recht denkt man fast immer an die Einschränkungen der Privatautonomie und sucht – so wie es bei der Einschränkung einer Freiheit immer sein sollte – nach einer überzeugenden Rechtfertigung.

Gegen derartige Einschränkungen der Privatautonomie durch zwingendes Recht werden gerne wirtschaftliche Gründe, gemeint sind meistens marktwirtschaftliche Gründe, angeführt. Es bietet sich also an, das Problem des zwingenden Rechts durch die Brille der Rechtsökonomie zu betrachten. Zwingendes Recht wird mit der Einengung der wirtschaftlichen Freiheit in Verbindung gebracht und stellt daher oft auch einen Kritikpunkt staatlicher Regelproduktion dar.¹

Sind es nicht gerade zwingende Bestimmungen, die wirtschaftliche Freiheit schützen (bzw diese erst ermöglichen)? Es handelt sich dabei vor allem um Bestimmungen, die das Gesamtgefüge und weniger den Einzelnen im Fokus haben, so wie das beim sogenannten "Funktionsschutz" der Fall ist.²

Die Methoden der Rechtsökonomie (wenn auch nicht diese alleine), können mE gute Erklärungen liefern, die aus dem Recht alleine nicht immer erlangt werden können. Diese finden dennoch oft zu wenig bis gar keine Beachtung oder werden manchmal falsch verstanden. Es geht dabei um Fragen der Effizienz von Regelungen.

¹ *Bachmann*, Private Ordnung, 50.

² *Möslein*, Dispositives Recht, 172.

Ich möchte innerhalb der rechtsökonomischen Kapitel den thematischen Trichter weiter zusammenlaufen lassen, sowohl was den rechtlichen Bildausschnitt, als auch die rechtsökonomischen Methoden betrifft.

So verengt sich der Thementrichter rechtsökonomisch auf die informationsübertragende Betrachtungsweise von Rechtsvorschriften und im Rechtsbereich auf die Rolle der Gewährleistung. Dort geht es vorwiegend um das Problem des *Signalling* (=Signalisierung von guter Qualität), dessen Bedeutung und ob dieses *Signalling* bei zwingendem Gewährleistungsrecht eingeschränkt wird. *Signalling* ist die Möglichkeit, auf die eigene, angebotene und gute Leistungsqualität hinweisen zu können.

Neben den Methoden der klassischen Rechtsökonomie, welche sich des streng rationalen *Homo oeconomicus*³ als Denkmodell bedient, dürfen die Erkenntnisse der *Behavioral Economics* (=Verhaltensökonomie) nicht mehr ausgeblendet werden. Die Erkenntnisse aus dem Bereich der *Behavioral Economics*⁴ haben in ökonomisch-interessierten, juristischen Kreisen zunehmend Beachtung erlangt und führten so zur "kleinen Schwester" der Rechtsökonomie: der *Behavioral Law and Economics*.⁵

B. Das Problem des Privatrechts mit dem zwingenden Recht

Ich möchte zuerst als allgemein angenommene Tatsache in den Raum stellen, dass im Privatrecht im Laufe der Zeit der Anteil des zwingenden Rechts zugenommen hat – und dem Anschein nach auch weiter zunehmen wird. Diese Aussage lässt sich mE mit den Entwicklungen der letzten Jahrzehnte, welche zahlreichen Schutzbestimmungen hervorgebracht haben, die von zwingender Natur sind, belegen. Gerade wenn im Vertragsrecht zwingende Inhaltsnormen

³ Vgl. *Gabler*, Wirtschaftslexikon, Stichwort *homo oeconomicus*: Das Modell eines ausschließlich wirtschaftlich denkenden Menschen, das den Analysen der klassischen und neoklassischen Wirtschaftstheorie zugrunde liegt.

⁴ Einführend: *Beck*, *Behavioral Economics* (2014).

⁵ *Fleischer/Schmolke/Zimmer*, Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht, 11, in *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), *Beitrag der Verhaltensökonomie zum Handels- und Wirtschaftsrecht*.

zunehmen, ist die Sorge um die immer enger werdenden Dispositionsgrenzen von Vertragsparteien spürbar.⁶

Nachdem lange Zeit wenig Interesse an grundsätzlichen Fragen zu zwingendem und dispositivem Recht bestand, ist das Interesse (vielleicht mit Beginn der europäischen Privatrechtsvereinheitlichung) dem Anschein nach wieder etwas gewachsen; das Interesse an Theorien und Wirkungsweisen des Rechts hat durch die europäische Ebene also einen Auftrieb erhalten.⁷ Dies zeigen auch die Arbeiten, die zu diesen Themen in den letzten Jahren erschienen sind (siehe sogleich weiter unten).

Rechtliche Fragen zu Grundlagen stoßen wieder auf größeres Interesse, da es offensichtlich eine Diskrepanz zwischen den nationalen Privatrechtsordnungen und den europäischen Rechtsakten im Bereich des Privatrechts gibt. Nationale Privatrechtsordnungen sind mehrheitlich von dispositiven Regelungen geprägt, europäische Richtlinien sind typischerweise zwingend oder zumindest relativ zwingend.

Besonders plakativ findet man das im Bereich des Verbraucherschutzes der EU, die auf den vier Freiheiten beruht. Dort werden vorwiegend zwingende und somit freiheitseinschränkende Regelungen produziert, was für manche beim Versuch einer europäischen Privatrechtsvereinheitlichung immer offensichtlicher wird.⁸ Dies zeigt sich beispielsweise auch angesichts der Diskussion über die Umsetzung einer Verbraucherrechtlinie in Österreich, weil die Informationspflichten von Unternehmern dort als ausufernd empfunden werden.⁹

Neben dem Umstand, dass zwingendes Recht einerseits von europäischen Rechtsakten herrührt, wird zwingendes Recht oft auch als Reaktion auf oberstgerichtliche Rechtsprechung vom nationalen Gesetzgeber im Gesetz abgebildet.¹⁰ Dies ist beispielsweise beim Klauselkatalog des § 6 KSchG so

⁶ Vgl. *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 2.

⁷ Vgl. *Cziupka*, Dispositives Recht, 7.

⁸ Vgl. *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 147.

⁹ Die Presse vom 26.10.2014

http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4197266/Rucktrittsrecht-fur-Konsumenten-muss-vor-das-Hochstgericht?_vl_backlink=/home/recht/index.do

¹⁰ Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 8.

gewollt.¹¹ Die ganze Thematik um das zwingende Recht hat natürlich auch eine verfassungs-, und grundrechtliche Dimension, die es zu berücksichtigen gilt.¹²

Die Begründung, warum ein Lebensumstand mit Hilfe des zwingenden Rechts geregelt wird, ist oft sehr undifferenziert und enthält meistens Argumente, die auf das "Allgemeine Interesse" bzw auf "Schutzzwecke" abzielen: Verkehrssicherheit, das Wohl der Familie, der Schutz wirtschaftlich schwacher und unerfahrener Personen ua.

In der Literatur haben sich in den letzten Jahren immer mehr kritische Stimmen diesbezüglich geäußert.¹³ Es wird die Frage aufgeworfen, ob zwingendes Recht wirklich das beste Mittel ist, um die genannten "Schutzzwecke" zu erreichen. Es werden dabei auch die möglichen (ökonomischen) Auswirkungen, die sich aus einer Zunahme des zwingenden Rechts ergeben und die den "Schutzzwecken" zum Teil gar nicht dienlich sind, diskutiert und Überlegungen zu Alternativen angestellt.¹⁴

Eine Darstellung, mit welchen Argumenten zwingende Regelungen im Allgemeinen begründet werden, in welchen speziellen Bereichen sie oft anzutreffen sind, wie diese wirken, wo sie besonders intensiv diskutiert werden, wie mögliche Alternativen aussehen könnten und wo man nur schwer auf zwingende Regelungen verzichten wird können, ist daher, auch mit dem Blick auf eine mögliche europäische Privatrechtsvereinheitlichung, interessant.

Im Jahr 1899 hat die Universität Breslau die Arbeit von *Eugen Ehrlich*¹⁵ herausgegeben. *Ehrlich* hat sich darin als Erster im großen Umfang mit dem zwingenden Recht beschäftigt. Es folgte eine lange Periode des Stillstands. Der

¹¹ Vgl *P. Doralt/Kozioł*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf des Konsumentenschutzgesetzes, 23ff.

¹² Vgl *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 155 ff; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang 22 ff.; siehe I.D.3.

¹³ *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2010), 2; *Wagner*, Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZEuP 2/2010, 246; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht, 32.

¹⁴ Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 15; *Bachmann*, Optionsmodelle im Vertragsrecht, JZ 1/2008, 11 ff.

¹⁵ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899).

Themenkomplex "zwingendes/dispositives Recht" aus einer allgemeinen Perspektive und in einem entsprechenden Umfang, wurde nach der Arbeit von *Ehrlich* praktisch nicht mehr bearbeitet.

Erst in den letzten Jahren sind einige Habilitationsschriften zu diesem Themenkomplex erstellt worden. Das deutet somit auf ein erhöhtes Interesse hin. Es findet sich dazu die Arbeit von *Kähler*¹⁶ (2012), welche den "Gegenpart" des zwingenden Rechts, das abdingbare Recht, allgemein untersucht. *Möslein*¹⁷ (2011) widmet sich hingegen dem dispositiven Vertragsrecht und lotet dabei die möglichen Grenzen aus. Er hat sich so wie zuvor auch *Cziupka* (2009) zu einem großen Teil der rechtsökonomischen Analyse bedient.¹⁸ *Bechtold*¹⁹ (2009) beschäftigt sich in seiner Habilitationsschrift mit zwingendem Vertragsrecht und nähert sich der Materie ebenso mit einem rechtsökonomischen Zugang. Die Habilitationsschrift von *Haberer* hat das zwingende Recht der Kapitalgesellschaften zum Thema (2012).²⁰ Die jüngste Arbeit, von *Schmolke* (2014), die ausgewählte Gebiete des Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrechts behandelt und dabei die rechtspaternalistischen Implikationen beleuchtet, nähert sich auch von der Seite der Rechtsökonomie und zwar speziell von der Seite der Verhaltensökonomie.²¹

¹⁶ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012).

¹⁷ *Möslein*, Dispositives Recht (2011).

¹⁸ *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (2009).

¹⁹ *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts (2009).

²⁰ *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2012).

²¹ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht (2014).

C. Aufgabenstellung und Themeneingrenzung

Eine allgemein, fassbare Theorie, die beschreibt, welche Rahmenbedingungen vorliegen (oder vorliegen sollten), damit eine Regelung mit zwingendem Charakter auszustatten ist und somit der Disposition der Vertragsparteien entzogen werden soll, gibt es nicht.

Eine Theorie alleine und vollständig zu entwickeln, wäre für diese Arbeit sicherlich, ein zu hoch gestecktes Ziel gewesen. Für die Entwicklung einer derartigen Theorie müsste man eine Rundschau über alle Teile des Privatrechts erstellen und induktiv die Gemeinsamkeiten zwingender Rechtsvorschriften aufzeigen, um so zu einer allgemeinen Aussage zu kommen, wo dispositives und wo zwingendes Recht zu verwenden ist.

Ich habe in meiner Arbeit versucht, die in der Lehre bereits vorhanden Beiträge darzustellen und mich in weiterer Folge auf den Schwerpunkt der Sachmängelgewährleistung zu konzentrieren.

Im ersten Teil der Arbeit möchte ich den Stand der Lehre bezüglich allgemeiner Aussagen über zwingende Vorschriften im Privatrecht darlegen. Es geht um das Begriffspaar zwingendes Recht – dispositives Recht. Ein Überblick der wichtigsten rechtshistorischen, rechtstheoretischen und philosophischen Grundlagen, aus denen eine Aussage über zwingendes Recht gewonnen werden kann, bildet den Anfang. Da zwingende Regelungen besonders im Vertragsrecht auf Kritik stoßen, weil damit eine für das Privatrecht sehr grundlegende Freiheit, nämlich die der Privatautonomie eingeschränkt wird, werde ich im ersten Teil auch deren Wesen, Aufgaben und Grenzen erörtern.

Im zweiten Teil der Arbeit nehme ich eine besondere Sichtweise ein, welche immer wieder im Zusammenhang mit zwingendem Recht eingenommen wird. Es soll mit Hilfe der rechtsökonomischen Sichtweise gezeigt werden, welche Maßstäbe außerhalb der klassischen Rechtswissenschaften noch geeignet sind, um zwingendes Recht zu betrachten. Zu diesem Zweck werden in einem ersten Schritt zunächst die dafür benötigten rechtsökonomischen Grundlagen dargestellt. Dabei wird sich zeigen, dass innerhalb der Rechtsökonomie gerade

der Zweig der Informationsökonomie, einige Aspekte zur Betrachtung von zwingendem Recht liefern kann.²²

Im dritten Teil meiner Arbeit verenge ich den Fokus, von der im ersten Teil durchgeführten allgemeinen privatrechtlichen Betrachtungen, über die im zweiten Teil dargestellte rechtsökonomische Denkart, auf die spezielle informationsökonomische Sicht der Gewährleistung und ihre zwingende bzw nichtzwingende Natur. Zu dem beschäftige ich mich mit den Auswirkungen und Möglichkeiten, Informationen über Produktqualitäten zu übertragen, umso gegen das sogenannte Marktversagen zu wirken. Ebenso versuche ich die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie miteinzubeziehen.²³

Im vierten und abschließenden Teil werde ich die wichtigsten Punkte der Untersuchung kurz zusammenfassen. Im Ergebnis werde ich zeigen, dass zwingendes Gewährleistungsrecht theoretisch die Möglichkeiten der Informationsübertragung von guter Qualität zwar einschränkt, praktisch diese Einschränkungen aber wegen der beschränkten Rationalität nicht so sehr ins Gewicht fallen werden. Zwingendes Gewährleistungsrecht kann daher im Verbraucherrecht damit gerechtfertigt werden, dass Konsumenten durch ihren sogenannten Überoptimismus keine vertraglichen Garantien nachfragen würden. Somit haben hier feste, zwingende Gewährleistungsbestimmungen ihre Daseinsberechtigung.²⁴

Keinesfalls soll diese Arbeit eine "Kampfschrift" gegen das zwingende Recht sein. Soll allerdings die Freiheit des Einzelnen beschränkt werden, dann bedarf es einer speziellen Darlegungs- und Beweispflicht, damit diese Einschränkungen nicht willkürlich vorgenommen werden, sondern nur bei Vorliegen guter Gründe erfolgen.²⁵ Dies sollte mE auch für jede Einschränkung der Privatautonomie durch zwingendes Recht gelten.

²² Siehe II.

²³ Siehe III.

²⁴ Siehe IV.

²⁵ Vgl *Wagner*, ZEuP 2010, 260.

I. ZWINGENDES RECHT UND PRIVATAUTONOMIE

A. Die Aufgaben des zwingenden Rechts

Auch wenn vom Standpunkt der Privatautonomie zwingendes Recht auf den ersten Blick kritisch gesehen wird, will oder kann man in bestimmten Bereichen des Privatrechts, nicht darauf verzichten.

Das liegt zum einen daran, dass nicht das gesamte Privatrecht durchgehend vom Prinzip der Privatautonomie bestimmt wird, zum anderen widersprechen sich zwingendes Recht und Privatautonomie nicht unbedingt. Manche Aufgaben im Privatrecht werden typischerweise mit zwingendem Recht gelöst, der privatrechtliche Charakter der Rechtsnorm bleibt aber trotzdem bestehen. Bestimmte Aufgaben oder Bereiche sind typischerweise nicht vom Prinzip der Privatautonomie geprägt, so wie das beispielsweise im Bereich des Sachenrechts der Fall ist.²⁶ Im Vertragsrecht scheint zwingendes Recht oft lästig zu sein, daher sind an dieser Stelle die dogmatischen Begründungen besonders interessant.

Bechtold fasst die klassisch-dogmatischen Begründungen, warum es zwingendes Recht im Vertragsrecht gibt, wie folgt zusammen: Der Schutz von Interessen Dritter, der Schutz des schwächeren Vertragspartners, der Vertrauens- und Übereilungsschutz, die Beweissicherung, die Vermeidung grober Ungerechtigkeiten, die Ordnung und Sicherheit des Rechtsverkehrs, die öffentliche Ordnung sowie der Institutionenschutz.²⁷

Ähnlich auch bei *Cziupka*, welcher zuerst als Begründung den sogenannten Rechtspaternalismus²⁸ anführt, den er primär zur Sicherung der Selbstbestimmung einer "strukturell unterlegenen" Vertragspartei nennt. Als zweiten Grund sieht er die Verwirklichung distributiver Zwecke und führt als Beispiel das Kündigungsschutzrecht des sozialen Mietrechts sowie den größten Teil des Verbraucherschutzrechts an. Als dritten Grund nennt er die Effizienz,

²⁶ Siehe I.B.9.

²⁷ *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 118; Vgl. auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ Bd I, 43.

²⁸ Zum Begriff siehe FN 95.

nämlich dort, wo nur noch mit zwingendem Recht das sogenannte Marktversagen²⁹ verhindern werden kann.³⁰

Dem Begriff des Rechtspaternalismus hat *Schmolke* seine gesamte Arbeit gewidmet. Er blickt dabei im Zusammenhang mit der Diskussion um die Grenzen und Funktionen der Privatautonomie vor allem auf die beschränkten Fähigkeiten menschlicher Entscheider und fragt, wie das Vertragsrecht, dem in angemessener Weise Rechnung tragen kann.³¹

Nicht nur im Vertragsrechts sind zwingende Normen umstritten, sondern auch bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen (Schadenersatz, Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag) sowie im Sachen-, Familien- und Erbrecht. Dort allerdings schränken zwingenden Bestimmungen die Freiheit auf Selbstbestimmung weniger ein. Das könnte damit zusammenhängen, dass die Aufgaben des Vertragsrechts einerseits und die der gesetzlichen Schuldverhältnisse sowie des Sachen-, Familien- und Erbrechts andererseits, doch sehr verschieden sind.

Im Schuldrecht beruhen die Rechtsverhältnisse grundsätzlich auf Gleichrangigkeit – zwingendes Recht dient da vorrangig der Herstellung dieser Gleichstellung. Sachenrecht, Familien- und Erbrecht hingegen regeln die rechtliche Zuordnung entweder von Gütern oder von personenrechtlichen Verhältnissen, wenn, so wie *Flume* ausführt, der Rechtsverkehr auf eine Gleichförmigkeit des Status, der Zuordnung und der personenrechtlichen Verhältnisse angewiesen ist.³²

Möslein fasst die Begründungen, warum generell den Dispositionsspielräumen notwendige Grenzen gesetzt werden müssen, mit dem Drittschutz, dem Beteiligenschutz und dem Funktionsschutz zusammen. Dabei können spezifische Schutzinstrumente gleich in mehrere Richtungen wirken und sich überlagern.³³

²⁹ Zum Begriff des Marktversagens siehe II.B.4.

³⁰ *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, 36.

³¹ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 6.

³² *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15.

³³ *Möslein*, Dispositives Recht, 165.

Bachmann versucht auch die allgemeinen Gründe für zwingendes Recht zusammenzufassen: Er stellt dabei zu recht fest, dass bei den auffindbaren Begründungen oft – so richtig diese auch sein mögen, "...der dahinter liegende Grund für das Beiseiteschieben privater Disposition nicht diskutiert wird." - und sich dabei bemerkbar macht, dass "...nicht immer hinreichend zwischen dem Zweck der Normaussage selbst und dem Zweck für ihre unabdingbare Geltung getrennt wird...".

Er fasst zusammen und führt schließlich aus seiner Sicht jene drei Gründe für die unabdingbare Geltung einer Bestimmung an: paternalistische³⁴, distributive und utilitaristische³⁵ Gründe.³⁶

Die Kritik *Bachmanns*, wonach die dahinterliegende Erklärung, warum zwingendes Recht eingesetzt wird, oft nicht behandelt wird, kann ich nachvollziehen. Es mag wohl niemand bestreiten, dass beispielsweise der schwächere Vertragspartner zu schützen ist. Auch das Vorliegen bestimmter "Standardsituationen" (wie zB der Fernabsatz, das Haustürgeschäft) und die damit verbundenen Schutzerfordernisse sind nachvollziehbar. Um den Schutzzweck zu erreichen ist aber nicht immer automatisch zwingendes Recht notwendig. Oder doch? Diese Frage werde ich weiter unten näher ausführen.³⁷

³⁴ Siehe FN 95.

³⁵ Vgl *Gabler*, Wirtschaftslexikon, Stichwort Utilitarismus: Unter dem Begriff Utilitarismus wird jene Konzeption verstanden, die ethische Urteile über Handlungen und/oder Regeln primär auf ihren Nutzen stützt, den diese stiften.

³⁶ *Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 1/2008, 11.

³⁷ Siehe II.

B. Begriff und Verortung des zwingenden Rechts

1. Dispositives Recht vs zwingendes Recht

Traditionell wird zwischen Rechtssätzen, die der Disposition der Vertragsparteien mittels Willenserklärung zugänglich sind (dispositives Recht) und jenen Rechtssätzen, welche einer Disposition der Vertragsparteien entzogen sind, unterschieden (zwingendes Recht).³⁸ Neben diesen Rechtssätzen gibt es auch Rechtssätze, die in keine dieser Kategorien fallen. Das sind erzählende oder beschreibende Rechtssätze wie beispielsweise Definitionen, Verweisungen, Verfahrensdarstellungen, Programmtexte, Zweckbestimmungen und die Fixierung von Werturteilen.³⁹

Zwingendes Recht greift ungeachtet vom Willen der Parteien ein. Sind sich beide Parteien einig, dass eine bestimmte Vorschrift zwischen ihnen keine Relevanz haben soll und der vertraglichen Vereinbarung weichen soll, gilt diese trotzdem, falls die Vorschrift einen zwingenden Charakter hat. Die Parteien können sich also selbst durch eine willentliche Festlegung nicht darüber hinwegsetzen, ihre Freiheit ist also eingeschränkt.

Dies ist vor allem dann von Bedeutung, wenn es zum Streit kommt und eine der Parteien das vertraglich Vereinbarte mit Hilfe von Gerichten (staatliche Zwangsgewalt) durchsetzen möchte. Diese Hilfe bleibt versagt, wenn der von den Parteien vereinbarte Vertrag, zwingende Vorschriften verletzt.

Im öffentlichen Recht findet man überwiegend zwingende Normen, dort sind vorwiegend Allgemeininteressen zu schützen, die den Parteiendispositionen entzogen werden müssen, um effektiv zu wirken.⁴⁰

³⁸ Vgl. *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I¹³, 43; *Grigoleit*, in Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts Bd II, 1822; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd I², 67; *Wolff*, Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts, 3; *Perner in Welser*, Fachwörterbuch 423, mit dem Verweis auf *Windscheid*, Pandektenrecht Bd I; *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1.

³⁹ *Schwander*, Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv? in *Honsell ua (Hrsg)*, Privatrecht und Methode FS Ernst A. Kramer, 2004, 410.

⁴⁰ Vgl. *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ Bd I, 43; *Riedler*, Zivilrecht I Allgemeiner Teil⁵, Rz 3/16; *Perner in Welser*, Fachwörterbuch bürgerliches Recht, 423.

Für das Privatrecht ist zwingendes Recht jedoch nicht typisch. Hier finden sich vorwiegend dispositive Normen. Diese enge Verknüpfung des dispositiven Rechts kann dabei so weit führen, dass manchmal sogar das dispositive Recht mit dem Privatrecht begrifflich gleichgesetzt wird.⁴¹

Im Gegensatz zu zwingendem Recht weicht das dispositive Recht der privatautonomen Vereinbarung. Es lässt den Vertragsparteien mehr Freiheiten in ihren Entscheidungen. Die Vertragsparteien können leichter zu den geschlossenen Vereinbarungen stehen, da ihre Absprachen gelten sollen und nicht die staatlichen Zwangsanordnungen.⁴² Dispositiv wird eine Norm dann genannt, wenn die Parteien durch Vertrag, eine dieser Norm widersprechende Regelung, verbindlich und durchsetzbar in Geltung setzen können; zwingende Normen stehen den Parteien hingegen nicht zur Disposition. Zwingendes Recht findet man allgemein im Privatrecht dort, wo der Inhalts- und Gestaltungsfreiheit eine Grenze gesetzt werden soll. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn durch eine Zweiparteienvereinbarung ein Dritter betroffen ist.

Die Befugnis eine Vertragsregelung zu verfassen, steht Privaten nur in ihren eigenen Angelegenheiten zu. *Möslein* bezeichnet dies als die Möglichkeit der autonomen *Selbstbindung*. Im Gegensatz zur *Fremdbindung*, welche der Selbstbestimmung widerspricht, weil hier die privatrechtliche Legitimation der Betroffenen fehlt. Dies wäre gegen den Willen der Betroffenen nur über eine hoheitliche Ermächtigungsnorm oder einem staatlichen Ermächtigungsbefehl möglich.⁴³

Daher sind auch grundsätzlich Verträge zu Lasten Dritter nicht möglich, da diese mit dem Prinzip der Privatautonomie unvereinbar sind.⁴⁴ Zwingendes Recht ist dort anzutreffen, wo die Interessen Dritter in irgendeiner Form zu schützen sind. Diese können eine, sich aus persönlichen Tatbestandselementen ergebende Personengruppe sein (zB Verbraucher, Mieter, Arbeitnehmer). Dritte sind auch gemeint, wenn es um Rechtssicherheit und Vertrauensschutz geht.

⁴¹ Vgl *Lorenz*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 63.

⁴² Vgl *Lorenz*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 206.

⁴³ Vgl *Möslein*, Dispositives Recht, Zwecke, Strukturen und Methoden, 62.

⁴⁴ Vgl *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 879 Rz 186; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ Bd I, 146; *Riedler*, ZR II SchRAT⁴ Rz 3/21.

2. Müssen Vertragsabschlussbestimmungen zwingend sein?

Im Privatrecht hat der Vertrag eine besondere Bedeutung. Das Gesetz gibt für das Prozedere des Vertragsabschlusses einen Rahmen vor (§§ 861 ff ABGB), welcher die Hauptgrundsätze dafür festlegt.

Nach *F. Bydlinski* sind das vier Grundsätze: die willentliche Selbstbestimmung, die Verkehrssicherheit (Vertrauensschutz), die inhaltliche Äquivalenz und die Vertragstreue.⁴⁵

Man könnte meinen, dass die Regeln über den Vertragsabschluss wegen ihrer grundlegenden Bedeutung zwingend sein müssten. So führte *Ehrlich* diesbezüglich schon aus, dass es ein Widerspruch sei, wenn ein Rechtsgeschäft seine eigenen Voraussetzungen für seine Wirksamkeit schaffen könnte. Bestimmte Regeln müssten daher von zwingender Natur sein.⁴⁶ Gleichzeitig stellte er aber die Frage, ob für die Normen der Rechtsgeschäftslehre, der technische Begriff des zwingenden Rechts überhaupt angebracht sei.⁴⁷

Es ist wohl eine Frage der Definition, welche auf den ersten Blick in die Begriffsjurisprudenz führen könnte und welche von *Ehrlich* später selbst immer als unzureichend kritisiert wurde.⁴⁸ Es würde im Übrigen viele Normen des Privatrechts betreffen, welche keine unmittelbaren, materiellen Verhaltensrechte (subjektives Recht einer Person), aber dennoch wichtige Gültigkeitsvoraussetzungen für Vereinbarungen abstrakt festlegen.⁴⁹ Man denke beispielsweise an die Bestimmungen, welche die Handlungsfähigkeit regeln. Diese müssen zum einen die Fürsorgeerfordernisse, wie den Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen, aber zum anderen auch die Erfordernisse, die sich aus der Rechtssicherheit ergeben, berücksichtigen.⁵⁰ Ob man diese Bestimmungen bezüglich der Einteilung, ob zwingend oder nicht zwingend,

⁴⁵ *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 122.

⁴⁶ *Ehrlich*, Das zwingende und nicht zwingende Recht, 24.

⁴⁷ *Ehrlich*, Das zwingende und nicht zwingende Recht, 25.

⁴⁸ Vgl *Luhmann*, Rechtssoziologie⁴, 21.

⁴⁹ Vgl *Bucher*, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertraglichen Ausschluss, in FS für Henri Deschenaux, 249.

⁵⁰ *Koziol/Welser*¹³, Bürgerliches Recht Bd I, 53.

ausklammert und eine neue Kategorie erfindet oder nicht, bringt wohl keine brauchbaren Erkenntnisse. Zwingend sind sie jedenfalls deshalb, weil anscheinend nur so der Schutz des Fürsorgebedürftigen und der Rechtssicherheit gewährleistet werden kann. Neue Begrifflichkeiten zu finden, wäre mit der Aufgabe verbunden, die Regeln zu benennen, die dazugehören würden.

Die Frage, zwingend oder nicht, bezüglich der Regelungen über das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts, hat eine hohe praktische Relevanz. Es darf kein Zweifel bestehen, ob wirksam und gültig über zukünftige rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten disponiert werden kann.⁵¹ Für ein gültiges Rechtsgeschäft sind mindestens übereinstimmende Willenserklärungen notwendig.⁵² Dabei kann es durchaus von der Privatautonomie gedeckt sein, wenn im Vorfeld eine Vereinbarung getroffen wird, wonach für zukünftige Rechtsgeschäfte vom Prozedere der übereinstimmenden Willenserklärungen abgewichen werden soll. Eine präsumtiv vereinbarte Erklärungsfiktion wäre so eine gültige Möglichkeit.⁵³

Die allgemeinen Regeln bezüglich des Vertragsabschlusses sind daher grundsätzlich nicht zwingend und lassen einen gewissen, mE sogar relativ großen, privatautonomen Spielraum zu.⁵⁴ Dies leuchtet ein, da bei vorgenommenen Modifikationen, nur die (künftigen) Vertragspartner betroffen wären und keine Dritten.

3. Das Begriffspaar billiges Recht – striktes Recht

Neben der Unterscheidung zwischen dem zwingenden und dem dispositiven Recht kann man auch eine Unterscheidung in striktes und billiges Recht vornehmen. Dabei wird allerdings ein anderer Aspekt hervorgehoben, als dies bei zwingend und dispositiv der Fall ist.⁵⁵

⁵¹ *Hellgardt*, Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages, AcP 213 (2013), 761.

⁵² Vgl. *Bollenberger* in KBB, § 861 Rz 2.

⁵³ Vgl. *Bollenberger* in KBB, § 863 Rz 10.

⁵⁴ Vgl. *Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 1/2008, 11.

⁵⁵ Vgl. *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB², Rz 73.

Unter dem Begriff des billigen Rechts (*ius aequum*) versteht man Regelungen, die einen Ermessensspielraum zulassen sollen. Ermessensnormen sind aber nicht immer gleichbedeutend mit abdingbaren Normen. Der Begriff des billigen Rechts ist kein Synonym des dispositiven Rechts. Billiges Recht kann zwingend oder aber auch dispositiv sein.⁵⁶

Billiges Recht gibt dem Rechtsanwender die Möglichkeit für den Einzelfall flexible Entscheidungen treffen zu können. Zu nennen wären da beispielsweise die Regelung zu den "guten Sitten" gem. § 879 ABGB oder das Setzen einer "angemessene Nachfrist" bei Schuldnerverzug nach § 918 ABGB oder der Anspruch des Beauftragten auf einen "angemessenen Aufwandsersatz" nach § 1018 ABGB. Hand in Hand mit dem billigen Recht gehen auch die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe, wie "die guten Sitten" (ABGB), "Treu und Glauben" (BGB), "wichtiger Grund", "im Verkehr erforderliche Sorgfalt", "untunlich", "tiefe Zerrüttung", um nur einige Beispiele zu nennen.⁵⁷ Hier ist mit Billigkeit mehr gemeint, als jene Billigkeit, die in der Billigkeitshaftung nach § 1306a ABGB und § 1310 ABGB abgebildet wird.⁵⁸

Im Gegensatz dazu, spricht man vom strengen oder strikten Recht (*ius strictum*) bei Bestimmungen, die für den Einzelfall praktisch keinerlei (oder nur sehr geringe) Ausnahmen zulassen; beispielsweise Bestimmungen zur Geschäftsfähigkeit nach dem Alter gem. § 865 ABGB. Die volle (oder auch nur eine erweiterte) Geschäftsfähigkeit hat man auch dann noch nicht erlangt, wenn bloß ein Tag auf das nächste Lebensjahr fehlen würde, um die nächste Stufe der Geschäftsfähigkeit erlangen zu können. Die Bestimmungen stellen somit nicht auf individuelle Situationen ab. Sie sind eben strikt. Daraus ergibt sich, dass die strikten Normen immer auch zwingend sein müssen, aber nicht alle zwingenden Normen strikt sind.

Ob eine Norm striktes oder billiges Recht ist, hängt nach *Kähler* von ihrem Inhalt ab. Es soll dabei darauf ankommen, ob ein bestimmter Entscheidungsspielraum eröffnet wird, oder ob eine Verhaltensweise vorgegeben wird. Ist eine Entscheidung nach Billigkeit zu treffen, bedeutet das

⁵⁶ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 25.

⁵⁷ Vgl *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd I, 308.

⁵⁸ Vgl *Spitzer in Welser (Hrsg)*, Fachwörterbuch, 84.

nicht automatisch, dass die Möglichkeit besteht, die Anwendbarkeit der Bestimmung auszuschließen.

Das Abbedingen ist dabei ein zweiseitiger Akt, ein Vertrag, und betrifft ihren Status, ein Inhalt ist nicht vorgegeben⁵⁹ Die Abbedingung kann frei erfolgen, es gibt keine Vorgaben. Die Parteien müssen nur, frei von Willensmängel, eine gemeinsame Entscheidung treffen.

Die Ermessensentscheidung ist typischerweise eine einseitige Entscheidung und betrifft ihren Inhalt. Diese Entscheidung kann hingegen nicht frei getroffen werden. Es gibt Vorgaben, wie zB öffentliche Sicherheit oder das Interesse der Parteien, die umgesetzt werden müssen.⁶⁰

4. Ist zwingendes Recht komplizierter?

Dispositive Normen wirken oft wie ein Ratschlag. Sie regeln, was vernünftige Parteien vereinbart hätten, lassen aber oft haarscharfe Definitionen aus. Die Regelungen zum Schuldnerverzug sind dispositiv.⁶¹ § 918 ABGB spricht beispielsweise von einer angemessenen Nachfrist und schiebt das Problem, welche Frist im konkreten Fall gelten soll, auf die Anwender der Norm ab. Die Bestimmung an sich ist kurz, wirkt relativ unkompliziert und ist leicht verständlich.

Zwingende Normen scheinen oft komplizierter und auch länger zu sein. Die Bestimmungen im ABGB zur Geschäftsfähigkeit weisen einen höheren Grad an Komplexität auf, da genau zu definieren ist, wer welche Art von Geschäften abschließen kann. Außerdem – und das ist oft typisch für zwingendes Recht – sind Ausnahmen zu definieren. Im konkreten Beispiel zur Geschäftsfähigkeit legt § 865 ABGB fest, dass man vor Vollendung des siebenten Lebensjahres keinerlei Geschäfte abschließen kann. Eine Ausnahme musste in diesem Fall für typische Kleinigkeiten geschaffen werden, die von dem nicht oder nicht ausreichend Geschäftsfähigen, der seine Pflicht erfüllt hat, getätigt wurden – der sogenannte Taschengeldparagraph § 170 Abs 3 ABGB.

⁵⁹ Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 25.

⁶⁰ Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 26.

⁶¹ P. Bydlinski in KBB³ vor §§ 918 ff Rz 3.

Viel deutlicher ist dies aber beispielsweise im Bereich des Verbraucherschutzes zu sehen. Das FAGG⁶² gibt dem Verbraucher das unabdingbare Recht, bei bestimmten Verträgen, ohne dass besondere Gründe vorliegen müssen, von einem gültig geschlossenen Vertrag zurückzutreten. Dies stellt eine Ausnahme vom Prinzip der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) dar. Dieses Rücktrittsrecht kann aber nicht in jedem Fall gewährt werden, daher müssen zahlreiche Ausnahmen und Gegenausnahmen definiert und aufgezählt werden.

Das führt dazu, dass die entsprechenden Bestimmungen lang und kompliziert werden, weil wegen der fehlenden Ausweichmöglichkeit bei zwingenden Regelungen sehr viele Einzelfälle/Ausnahmefälle bedacht werden müssen.

Der Anschein der Kompliziertheit und die Länge der Paragraphen haben *Kähler* dazu inspiriert, das deutsche BGB einer doch sehr ungewöhnlichen Analyse zu unterziehen. Er hat, durch Zählen der Wörter, die durchschnittliche Länge der Paragraphen ermittelt und zwingende Regelungen den dispositiven Normen gegenübergestellt. Demnach beträgt (Stand: 01.08.2008) die durchschnittliche Paragraphenlänge des gesamten allgemeinen Teils des Schuldrechts 82,5 Wörter. Die zwingenden Normen sind hingegen mit einer durchschnittlichen Länge von 240 Wörtern deutlich ausführlicher.⁶³

⁶² Vgl §§ 11ff FAGG.

⁶³ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 216.

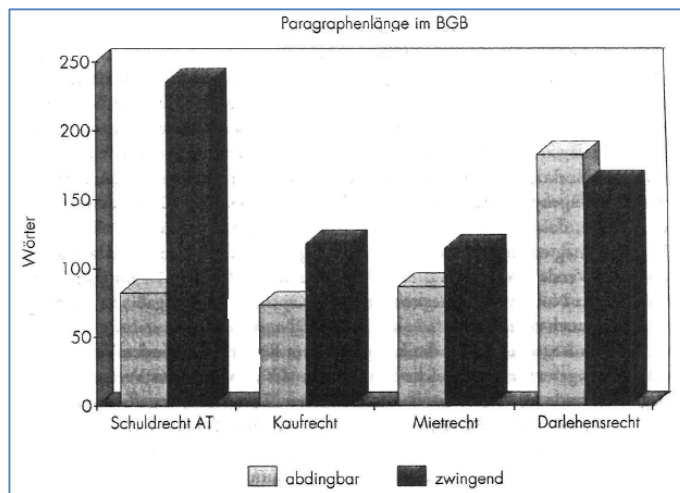


Abbildung 1 Paragraphenlänge im BGB⁶⁴

Auch wenn zwingendes Recht komplizierter und länger sein mag, so ist es nicht unbedingt ineffizient. Oft tragen zwingende Vorschriften erheblich zur Effizienz bei und senken die Transaktionskosten.⁶⁵ Gäbe es nur dispositive Normen, könnten sich die Parteien auf keinerlei Schutz verlassen. Vertragsverhandlungen wären aufwendiger, da die Gefahr besteht sich mit einer Unterschrift zu ruinieren. Auch würde es sich für viele potentielle Vertragspartner gar nicht auszahlen, einen Vertrag abzuschließen, da der zu erwartende Vorteil von den Kosten für den Vertragsabschluss aufgeessen werden würde.⁶⁶

5. Ist zwingendes Recht untypisch für das Privatrecht?

Durch die Zunahme von zwingenden Rechtsvorschriften im Privatrecht scheint es auch so zu sein, als würden die Grenzen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ein wenig verschwimmen. Es relativiert sich jedenfalls die Aussage, dass zwingendes Recht wohl nicht typisch für das Privatrecht sei. Dabei könnte man jetzt generell diese Einteilung hinterfragen.

Den Dualismus von öffentlichem Recht und Privatrecht kann man als einen historisch entstandenen betrachten. *F. Bydlinski* sieht diese systematische Einteilung zwar als nicht sehr zweckmäßig an, aber da es Privatrecht sogar in

⁶⁴ Grafik aus *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 217.

⁶⁵ Siehe II.B.1.

⁶⁶ Vgl *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 218.

den Ostblock-Staaten, neben dem dort stärkeren öffentlichen Recht gegeben hat, sieht er diese Einteilung als experimentell erhärtet an.⁶⁷

Auch wenn es im Privatrecht ebenfalls zwingende Normen gibt, bringt man zwingendes Recht eher mit dem öffentlichen Recht in Verbindung und vergisst, dass überraschenderweise auch dispositive Normen im öffentlichen Recht zu finden sind, wie *Kähler* mit einigen Beispielen belegen kann.⁶⁸

Interessanterweise führt *Kähler* auch Beispiele aus dem Bereich des Strafrechts an, die man seiner Meinung nach unter dem Begriff dispositives Recht subsumieren könnte.⁶⁹ Wie später gezeigt wird und worauf auch *Kähler* hinweist, rührt die oftmals geübte Gleichsetzung des zwingenden Rechts mit dem öffentlichen Recht von den Digesten her.⁷⁰

6. Sind die Begriffe zwingend und dispositiv überholt?

Betrachtet man die allgemeine Lehre,⁷¹ ist es so, dass eine Norm entweder zwingend (relativ, absolut) oder dispositiv wirkt. Eine dieser Wirkungsweisen trifft jedenfalls zu. Man könnte sich nun die Frage stellen, ob diese generelle Einteilung der Normen des Privatrechts (oder generell die Einteilung des Rechts) in einer derart apodiktischen Weise aufrechterhalten werden soll. Auch *Ehrlich*⁷² hat im Jahr 1899 Überlegungen angestellt, ob es überhaupt einen Sinn macht, diese Einteilung zu treffen, besonders für Normen im Privatrecht, welche nicht die Rechtsgeschäfte berühren.

Beschreibt diese Lehrtradition vom zwingenden und dispositiven Recht zutreffend die rechtliche Wirklichkeit?

Man müsste in diesem Zusammenhang über neue Begriffe nachdenken, die bestehenden Begriffsdefinitionen überarbeiten und Lehrtraditionen über zwingend und dispositiv von Grund her neu überdenken. Überlegungen in diese Richtung würden wohl mE nicht zu einem bedeutenden Erkenntnisgewinn führen.

⁶⁷ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 75.

⁶⁸ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 64.

⁶⁹ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 69.

⁷⁰ Siehe I.E.2.a.iii.

⁷¹ Siehe 40, FN 38.

⁷² *Ehrlich*, Zwingende und nichtzwingende Rechtsnormen, 2.

Erstens würden unnötige Komplexitäten geschaffen werden und zweitens die Kritikpunkte am zwingendem Recht, welche sich im Wesentlichen auf die oft unangemessene freiheitseinschränkende Wirkung beziehen, würden gerade nicht behandelt werden.

Es geht aber dabei nicht um eine vorbehaltlose Ablehnung der Begriffsjurisprudenz.⁷³ Begriffe sind notwendig, um sich – nicht nur im Recht – ausdrücken zu können. Das gilt für "richterliche Wertungen", wie auch für Interessen.⁷⁴

Die Probleme mit dem zwingendem Recht liegen eher wo anders. Es hat sich in der letzten Zeit für das zwingende Recht ein gewisser Legitimationswunsch entwickelt, da unter dem Druck bestimmter Schutzbedürfnisse zwingende Regelungen quantitativ angewachsen sind und dies nicht immer a priori gutgeheißen wird. Aus diesem Legitimationswunsch heraus stellen sich konkrete Fragen, wenn eine Norm mit zwingendem Charakter versehen wird, anstatt sie dispositiv auszugestalten.⁷⁵

7. Alternative: Optionales Recht

Neben dem Begriffspaar zwingendes/dispositives Recht, finden sich auch Alternativen, die sogenannten optionalen Vertragsrechtsmodelle. Dabei sind jedoch keine vertraglichen Wahlmöglichkeiten gemeint, sondern gesetzlich vorgegebene Optionen, in die hinein oder hinaus optiert werden kann. Diese können zwischen Vertragsfreiheit und zwingendem Recht angesiedelt sein.⁷⁶

Optionales Recht spielt übrigens bei den Überlegungen zur Einführung eines europäischen Zivilrechtsbuches eine besondere Rolle und findet sich auch im Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission wieder.⁷⁷ Dabei sollen die Rechtsanwender selber bestimmen können, ob sie das nationale oder ein europäisches Zivilrecht für ihre vertragliche Beziehung verwenden wollen

⁷³ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 19ff.

⁷⁴ *F.Bydlinki*, Begriffsjurisprudenz – so oder anders, in FS Hausmanninger, 71.

⁷⁵ Vgl. *Wagner*, Zwingendes Privatrecht, ZEuP 2010, 246.

⁷⁶ Vgl. *Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 1/2008, 11.

⁷⁷ Verordnungsvorschlag der europäischen Kommission vom 11. Oktober 2011, KOM (2011), 635.

würden. Die Anwendung läge somit in der Hand der künftigen Vertragsparteien - die Privatautonomie wäre so besser gewahrt.⁷⁸

Optionales Recht bietet den Rechtsanwender verschiedene Möglichkeiten. Es besteht somit eine gewisse Freiheit durch die Wahl der Optionen, ohne dass dabei gesetzliche Schutzzwecke oder Leitlinien völlig dem Belieben der Parteien überlassen werden.

Wenn in der Lehre von der Option die Rede ist, dann ist damit eine Form eines Vertrages gemeint, welcher einer Partei das Gestaltungsrecht gibt, ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung zu setzen.⁷⁹ Optionales Recht hingegen meint aber gesetzliche Optionen, die mehrere Varianten zur Lösung eines Regelungsbedarfes anbieten.

Dies kann in der Form einer "opt-out Regelung" angeboten werden. Dabei gilt eine Regel, wenn sich die Vertragspartner nicht ausdrücklich dagegen entscheiden; oder umgekehrt kann eine Regel nur gelten, wenn sich die Vertragspartner ausdrücklich dafür entscheiden ("opt-in Regelung") oder es werden gleich mehrere Regeln, die sogenannte "Menü-Regelung", angeboten. Dort können die Vertragsparteien frei wählen, welche für sie die Beste ist.⁸⁰

Dabei kann es dazu kommen, dass die Begriffe zwingend und dispositiv nicht mehr so scharf voneinander getrennt werden können. Aus den verschiedenen Möglichkeiten lassen sich "weiche" und "strenge" Optionsmodelle erstellen, ohne dass eine eindeutige Trennung von zwingend oder dispositiv vorgenommen werden kann.⁸¹

Besonders deutlich sieht man das bei der sogenannten Menüregelung. Diese gibt mindestens zwei Optionen zur Auswahl vor. Es wird nicht bloß durch das Gesetz eine Lösung für ein Ordnungsproblem festgelegt und den Vertragsparteien offen gelassen etwas anderes zu vereinbaren, wie bei normalem dispositivem Recht, sondern die Regelung sieht mindestens zwei

⁷⁸ Vgl. *Zimmermann*, Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts, 21.

⁷⁹ *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I¹³, 143.

⁸⁰ *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 121.

⁸¹ *Bachmann*, Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 1/2008, 14.

ausformulierte Optionen vor, aus denen die Parteien eine Wahl treffen müssen oder je nach konkreter Ausgestaltung, können.

Eine mE sogenannte Menüregelung findet sich im Gewährleistungsrecht, wenn es um die Wahl des Gewährleistungsbehelfes geht.⁸² So wird in § 932 ABGB ein Modell der abgestuften Gewährleistungsbehelfe vorgegeben. Die Reihenfolge der Behelfe (Verbesserung, Austausch, Preisminderung und Wandlung) ist zwar streng vorgegeben⁸³, kann aber dennoch als eine Menüregelung begriffen werden.

Es gibt zwei Arten von Menüregelungen, die offene und die geschlossene Variante. Ein offenes oder auch dispositives Menü gibt eine beispielhafte Auflistung vor. Die Parteien können zwar eine vorgegebene Option wählen, aber sich auch für eine selbst kreierte Variante entscheiden. Ein offenes Menü wirkt suggestiv auf die Parteien ein. Dies im Gegensatz zum geschlossenen Menü, das eine abschließende Aufzählung der Wahlmöglichkeiten vorsieht und daher die Vertragsfreiheit mehr einschränkt. Somit stehen geschlossene Menüregelungen dem zwingendem Recht näher als offene. Geschlossene Menüregelungen findet man, wo es Informationsasymmetrien gibt oder unterschiedlich starke Verhandlungspartner aufeinander treffen, wie zB im Verbraucherrecht.⁸⁴

Für den Fall, dass die Vertragsparteien keine Wahl treffen, kann das Gesetz sowohl bei geschlossenen als auch bei offenen Menüs, eine Default-Regel vorsehen; oder es kann auch ein zwingendes Menü vorgesehen sein und die Parteien müssen eine Wahl treffen. Somit müssen sie sich mit den Regelungen, die zur Wahl stehen, beschäftigen.⁸⁵

Fragen, die im Zusammenhang mit optionalem Recht bzw der Menügesetzgebung stehen, sind besonders aus einem interdisziplinären Ansatz interessant. Es handelt sich dabei um Fragen der Transaktionskosten oder der Ausgestaltung der Default-Regelung. Wirtschaftswissenschaften und

⁸² Vgl *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 123.

⁸³ *P. Bydlinski* in KBB § 932 Rz 1.

⁸⁴ *Ringe*, Menügesetzgebung im Privatrecht, AcP 213 (2013), 106.

⁸⁵ *Ringe*, Menügesetzgebung im Privatrecht, AcP 213 (2013), 107.

Verhaltensforschung können mE mehr (Zusatz-) Hinweise liefern, als rein juristische Analysen.⁸⁶

8. Zwingendes Recht im Familienrecht

Im Familienrecht findet man häufig zwingendes Recht. Die Rechte und Pflichten folgen zum Teil nicht aus einem Rechtsgeschäft im engeren Sinn, sondern knüpfen oftmals an Umstände oder Tatsachen an.

Es gibt auch willentliche Akte (zB die Eheschließung und in diesem Zusammenhang der Ehevertrag), die aber besser mit dem Begriff des Familiengeschäfts bezeichnet werden könnten, als mit dem des Rechtsgeschäfts. Die Willenswirkungen hier beschränken sich im Kern auf die bloße Begründung des Familienstandes.⁸⁷

Insbesondere im Bereich des persönlichen Familienrechts ist daher zwingendes Recht anzutreffen, da es besonders heikle Auswirkungen auf die gesamte Gesellschaft und somit auch auf Dritte hat (Drittschutz). Außerdem verleiht es dem Einzelnen einen dauerhaften "Status" mit "sozialrechtlicher" Wirkung;⁸⁸ mit diesem Status geht ein gewisses Bedürfnis an Rechtssicherheit und Unveränderbarkeit einher, was den zwingenden Charakter rechtfertigen soll.⁸⁹

Die Interessen Dritter sind im Familienrecht nicht immer an konkrete Personen gerichtet, sondern an einen Personenkreis, auch im Sinne von Gesellschaft. So war es ursprünglich nicht möglich, Verpartnerungen nach EPG, in einer der Trauung ähnlichen Form vorzunehmen. Hier schwang wohl noch ein Rest der von *Schwind* angesprochenen "lokalen Traditionen" mit, die nicht aufgegeben werden wollten; zwingendes Recht spiegelt, wie das Recht generell, die gesellschaftspolitische Weltanschauung wider. *Schwind* prognostizierte Anfang der 1970er Jahre dem aus "lokalen Traditionen" kommendem,

⁸⁶ Siehe II zur ökonomischen Analyse des Rechts und II.E zu Behavioral Law and Economics.

⁸⁷ *Ehrlich*, Das zwingende und nicht zwingende Recht, 181.

⁸⁸ Siehe beispielsweise § 44 ABGB.

⁸⁹ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ Bd I, 440; *Riedler*, ZR VI Familienrecht² Rz 4/2.

zwingendem Familienrecht keine lange Lebensdauer und begründete dies mit der Internationalisierung.⁹⁰ Die Prognose hat sich insofern bewahrheitet, da homosexuellen Paaren (im internationalen Vergleich) ein rechtlicher Rahmen für ihr Zusammenleben nicht länger vorenthalten werden konnte.⁹¹ Auslöser der entsprechenden Reform war schließlich und endlich ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁹²; es zeigt die grundrechtliche Dimension von zwingendem Recht auf.⁹³ Neben den gesellschaftspolitischen Implikationen, die durch zwingendes Recht zu Tage treten, sind es im Familienrecht (aber auch in anderen Bereichen) Gründe, die mit dem Begriff des Paternalismus in Verbindung gebracht werden.⁹⁴ Der Begriff Paternalismus kommt aus moralphilosophischen Diskursen und meint meistens eine (eher wohl negativ behaftete) rechtliche oder moralische Einmischung in die Lebensführung eines anderen zu seinem Wohle.⁹⁵ Das bedeutet, dass mit dem Begriff des Paternalismus die unberechtigten Einschränkungen der Privatautonomie gemeint sind.⁹⁶

9. Das zwingende Recht im Sachenrecht

Ehrlich meinte: "...über den gesetzlichen Inhalt des dinglichen Rechts können die Parteien nur hinausgehen, wenn ein Rechtssatz eine solche Bestimmung ausdrücklich gestattet...".⁹⁷

Der Spielraum der Beteiligten im Sachenrecht war immer schon ein weitaus geringerer, als im Vertragsrecht. Auch wenn sich dieser Spielraum doch im Laufe der Zeit etwas erweitert hat.⁹⁸ Im Vertragsrecht gilt die Vertragsfreiheit und obwohl diesbezüglich Einschnitte oft beklagt werden, ist diese Freiheit noch von

⁹⁰ *Schwind*, Die Ehe im Spannungsfeld von zwingendem und nachgiebigem Recht, *RabelsZ* 1973, 228.

⁹¹ *Clavara*, Das Wesen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft - Teil I: Ehe, *Zak* 2013, 107.

⁹² EGMR 30.141/04, *Schalk und Kopf*.

⁹³ Siehe FN 12.

⁹⁴ Umfassend zum Ehevertragsrecht: *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 270ff.

⁹⁵ Vgl. *Enderlein*, Rechtspaternalismus im Vertragsrecht, 7.

⁹⁶ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2.

⁹⁷ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im BGB, 176.

⁹⁸ *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? 7.

grundsätzlicherer Natur. Im Sachenrecht ist dies nicht so, dies wird relativ selten als störend empfunden. Es gilt der *numerus clausus* der Sachenrechte, es herrscht keine privatautonome Gestaltungsfreiheit.

Die Bestimmung des § 308 ABGB, welche die einzelnen dinglichen Rechte aufzählt, ist taxativ gemeint; eine privatautonome Gestaltung muss innerhalb des entsprechenden Typus bleiben.⁹⁹ Der Grund, warum es im Sachenrecht diesen Typenzwang gibt, liegt im Bestreben von Rechtssicherheit und der damit verbundenen Eindeutigkeit, der allgemein gültigen Vermögenszuteilung, begründet.¹⁰⁰ Der Typenzwang legt die Voraussetzungen, unter denen ein dingliches Recht entsteht, unabdingbar fest.¹⁰¹ Dies lässt sich anscheinend nur durch einen vom Gesetz vorgegebenen Sachenrechtskatalog erreichen. Dieser sachenrechtliche Typenzwang wird weder in der Rechtsprechung, noch in der Lehre bestritten; de lege ferenda wird seine Notwendigkeit nur ganz vereinzelt in Zweifel gezogen.¹⁰²

Durch die zwingende Ausgestaltung ist es oft nicht möglich, praktische, sachenrechtliche Konstruktionen (die es schon einmal gegeben hat), privatautonom zu kreieren. So beispielsweise das relativ wirkende, dingliche Recht *ius ad rem* (im Gegensatz zum Recht an der Sache - und zum schuldrechtlichen Recht auf die Sache).¹⁰³ Die Neubegründung eines Antichrese (Nutzungspfand),¹⁰⁴ oder die "Bildung einer vierten Dimension" des Eigentumsrechts, durch Schaffung eines zeitlich begrenzten Eigentumsrechts mehrerer Personen an einer Sache, ist auch nicht möglich.¹⁰⁵

Der Typenzwang und das daraus folgende starre System, relativ zum Vertragsrecht, ist auch auf den absoluten Charakter des Sachenrechts zurück zu

⁹⁹ Eccher in KBB, § 308 ABGB, Rz 1.

¹⁰⁰ Baur/Stürmer, Sachenrecht¹⁷, 4.

¹⁰¹ Füller, Eigenständiges Sachenrecht? 379.

¹⁰² Vgl. Fleischer in FS Bernd Schäfer, Der numerus clausus der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie, 126.

¹⁰³ Dengler, Probleme des Supermarktes, NZ 1/1983, 2.

¹⁰⁴ Dieses ist nach § 1372 ABGB sogar ausdrücklich verboten, vgl. Koch, KBB, § 1372 Rz 6.

¹⁰⁵ Vgl. Fleischer in FS Bernd Schäfer, Der numerus clausus der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie, 127.

führen, welcher dem Verkehrsschutz und der Rechtssicherheit im Sachenrecht eine hohe Priorität verleiht.¹⁰⁶

Eine Rolle spielt dabei auch ein gewisser Freiheitsschutz, denn eine zu große Anzahl an absolut wirkenden Rechten, würde viel länger überleben als bloß relativ wirkende Schuldrechte. Sie würden den Rechtsverkehr zu sehr belasten, vor allem, wenn diese neugebildeten Rechte keine Interessen mehr wiedergeben. Dieser Freiheitsschutz soll daher die rechtliche Freiheit der Sachen an sich gewährleisten, indem der absolute Schutz nur dann gewährt werden soll, wenn ein echtes Bedürfnis dahinter steht – diese Bedürfnisse müssten dann historisch ermittelt werden.¹⁰⁷

Die Möglichkeit privatautonom Sachenrechte zu begründen würde auch das Grundbuch unübersichtlich machen. Aus der Sicht des Erwerbers wäre die Möglichkeit auch mit erheblichen Kosten verbunden, denn der Erwerber würde entsprechend langwierig recherchieren müssen, um herausfinden zu können mit welchen Rechten eine Sache belastet sein könnte und er vom Vollrecht des Eigentums, Abstriche machen müsste. Der Typenzwang trägt somit auch zur Senkung der Informationskosten bei.¹⁰⁸ An diese Kosten hat eventuell auch *Ehrlich* gedacht, wenn er den Typenzwang aus dem "Prinzip der Erkennbarkeit" gerechtfertigt hat. Er hat gemeint, dass der Typenzwang im römischen Recht noch mehr Existenzberechtigung gehabt hat, aber in Zeiten wo es ein Grundbuch gibt, dies nicht mehr so notwendig sei.¹⁰⁹ Dies, obwohl die Grundbücher zu Zeiten *Ehrlichs* noch echte Bücher aus Papier waren.

10. Zwingendes Recht in Sonderprivatrechten

Eine konkrete Bestimmung ist entweder zwingend oder dispositiv. Zu einen der beiden Lager ist eine konkrete Regelung immer zu zählen. Insofern scheinen die Bestimmungen des Privatrechts von der Dichotomie zwingend und dispositiv geprägt zu sein. Am stärksten kommen diese gegensätzlichen Begriffe hervor, wenn es sich um absolut zwingendes Recht handelt. Hier sind privatautonome

¹⁰⁶ Vgl. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁴, 403.

¹⁰⁷ Vgl. *Heck*, Grundriss des Sachenrechts, 87.

¹⁰⁸ Vgl. *Fleischer* in FS Bernd Schäfer, Der numerus clausus der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie, 131.

¹⁰⁹ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht, 107.

Änderungen gar nicht möglich. Einseitig zwingende Normen (oder relativ zwingende Normen) sind einer privatautonomen Änderung zumindest in einer Richtung zugänglich.

So sind beispielsweise in den Sonderprivatrechten Arbeitsrecht und auch im Verbraucherschutzrecht meist für den Arbeitnehmer bzw für den Verbraucher günstigere Regelungen zulässig, ungünstigere jedoch nicht. Man spricht im Arbeitsrecht vom sogenannten Günstigkeitsprinzip.¹¹⁰ Was für das Arbeitsrecht einer Umkehrung des zivilrechtlichen Grundprinzips gleichkommt, wonach primär dispositive Rechtsvorschriften den Vertragsparteien als Richtmaß ihrer Vereinbarung dienen sollen, auch wenn sie einvernehmlich in jede Richtung abweichen können. Dieses Prinzip ist im Arbeitsrecht praktisch auf den Kopf gestellt.¹¹¹ Das, obwohl unzweifelhaft das Arbeitsrecht dem Privatrecht zugeordnet ist – auch, wenn dies aufgrund der dargestellten Wirkungsweise manchmal in Frage gestellt wird.¹¹²

In einer ähnlichen Weise verhält es sich auch mit dem Verbraucherrecht¹¹³, dem Mietrecht im MRG¹¹⁴ oder dem Versicherungs-, Bank und Kapitalmarktrecht¹¹⁵. Relativ zwingend ist dabei meistens streng auszulegen.¹¹⁶

Konsumentenschutzbestimmungen (aber auch Arbeits- und Mietrecht) bedienen sich für ihre Zielerreichung nicht bloß des (relativ zwingenden) Privatrechts, auch Vorschriften, die dem öffentlichen Recht zugeordnet werden und zwingender Natur sind, kann man finden. Das sind im Verbraucherrecht beispielsweise die Strafbestimmungen (Verwaltungsübertretungen) des § 32 KSchG, welche die mangelnde Einhaltung der Informationspflichten des Unternehmers und bestimmte unternehmerische Geschäftspraktiken sanktionieren sollen. Die Tatsache, dass es im Verbraucherrecht auch öffentlich-rechtliche Bestimmungen gibt, dürfte damit zusammenhängen, dass in

¹¹⁰ Vgl Schrammel in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 6 Rz 13.

¹¹¹ Holzer in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 40 Rz 1.

¹¹² Vgl *Adomeit*, Privatgesellschaft und das Arbeitsrecht in *Riesenhuber*, Privatgesellschaft, 303.

¹¹³ Vgl § 2 Abs 2 KSchG, § 2 FAGG, § 3 VKrG.

¹¹⁴ Vgl *Stabentheiner*, Mietrecht², Rz 9.

¹¹⁵ Vgl *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 9.

¹¹⁶ *Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht, Rz 72.

Sonderprivatrechten häufig auch öffentlich-rechtliche Regelungsziele umgesetzt werden. Dabei stellt sich die Frage, warum dann überhaupt mit Privatrecht agiert wird. Gibt es doch, wie angeführt, die Möglichkeit mit Strafdrohungen zu arbeiten. Trotzdem wird der Verbraucherschutz vorwiegend mit allgemeinen zivilrechtlichen Modellen umgesetzt. Das wird sichtbar bei der Gewährung von Gestaltungsrechten und der Festlegung von Formgeboten.¹¹⁷

Mit den verbraucherrechtlichen, aber auch mit anderen sonderprivatrechtlichen Eingriffen in die Privatautonomie, wird nun eine Anknüpfung zum öffentlichen Recht und deren Zielen vollzogen. Betrachtet man die Anfänge des Verbraucherschutzes, so findet man die ersten Ansätze von verbraucherschützenden Bestimmungen im öffentlichen Recht, wie bspw. in der GewO 1973, im PreisG oder in Querschnittsmaterien, wie im KartG und im UWG.¹¹⁸

Ein Grund, dass doch vorwiegend Privatrecht zum Einsatz gelangt, könnte man in der Sanktionsschwäche des öffentlichen Rechts sehen, da durch das Privatrecht der "Verletzergewinn" des Unternehmers besser wieder zurück zum Verbraucher transferiert werden kann.¹¹⁹

Die verbraucherschützenden Ziele, die über privatrechtliche Regelungen umgesetzt werden, findet man meist in den zwingenden Bestimmungen, die für privatautonome Gestaltung oft keinen Raum lassen. Daraus könnte man auch die quantitative Zunahme von zwingendem Recht ableiten, da diese Schutzzwecke immer feinmaschiger werden.

Auch für den Bereich des Mieterschutzes, wird relativ zwingendes Recht eingesetzt, denn zum Vorteil des Mieters steht meist ein dispositiver Spielraum offen. Das Mietrecht steht wohl auch in einer gewissen Nähe zum öffentlichen Recht, weil das Mietrecht, bedingt durch den Regelungsgegenstand des essenziellen Bedürfnisses nach Wohnen, eine höhere gesellschaftspolitische Komponente aufweist.¹²⁰

¹¹⁷ *Krejci in Rummel*³, KSchG Vor § 1 KSchG Rz 3.

¹¹⁸ *Schuhmacher in Krejci*, Konsumentenschutzgesetz, 9.

¹¹⁹ *Schuhmacher in Krejci*, Konsumentenschutzgesetz, 63.

¹²⁰ Vgl *Stabentheiner*, Mietrecht², Rz 116.

Das Mietrecht ist auch ein gutes Beispiel, wie dispositives und zwingendes Recht im Privatrecht zueinanderstehen. Das Mietrecht im ABGB ist an sich, mit den kleinen Ausnahmen des § 1096 Abs 1 Satz 3 und des § 1117 Satz 2, grundsätzlich dispositiv. Die Grenzen des § 879 ABGB und die des KSchG sind zu beachten.¹²¹

¹²¹ Vgl *Stabentheiner*, Mietrecht², Rz 9.

C. Wann ist eine Bestimmung zwingender Natur?

Dispositives Recht steht zu zwingendem Recht in einem Gegensatz. Auch wenn das Verständnis von sich gegenseitig ausschließenden Zuordnungen manchmal als ungenau oder gar irreführend befunden wird.¹²² Es ist für den Anwender immer wichtig zu wissen, inwieweit oder ob überhaupt ein Dispositionsspielraum besteht. Auch wenn man gerne eine klare Aussage treffen würde, ob eine Norm zwingend oder dispositiv ist, eindeutig kann es auf den ersten Blick nicht gesagt werden, mit welcher Art von Norm man es zu tun hat.¹²³

Der Gesetzgeber sagt nämlich nicht immer dezidiert, ob eine Bestimmung zwingend oder dispositiv ist. Nur manchmal finden sich Anordnungen, wonach eine Bestimmung zwingend ist und eine abweichende Vereinbarung daher keine Rechtsgültigkeit entfalten soll.

Eine klare Anordnung, ob zwingend oder nicht, findet sich im KSchG bereits im Eingangsabschnitt des ersten Hauptstückes (§ 2 Abs 2 KSchG), hier ist das Prädikat "zwingend" zumindest für das erste Hauptstück programmatisch.¹²⁴ Bei anderen Normen findet man selten eine a priori Klarstellung.

Normen, die vom Gesetzgeber ausdrücklich als zwingend deklariert wurden, um etwaige Zweifel nicht aufkommen zu lassen, wären bspw. die Bestimmung des § 1164 ABGB, wo es um die Rechte des Dienstnehmers geht. Diese können nicht abbedungen werden. Die Bestimmung gab es schon im Jahre 1811, was zeigt, dass schon im ABGB arbeitsrechtliche Schutzzwecke verwirklicht wurden; oder aber auch § 935 ABGB, wo es um den vertraglichen Ausschluss der *laesio enormis* geht, welche vorweg nicht gültig ausgeschlossen werden kann. Hier geht der jeweils zwingende Charakter immer aus dem entsprechenden Wortlaut der Norm hervor.

Es finden sich umgekehrt auch Bestimmungen, die vom Gesetzgeber so formuliert sind, dass eine vertragliche Regelung eines Problems eindeutig möglich sein soll; nur für den Fall der Nichtregelung, gibt es dann eine gesetzlich

¹²² Schwander, Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv? in Honsell, Privatrecht und Methode FS Ernst A. Kramer, 399.

¹²³ Vgl Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 345.

¹²⁴ Vgl Kathrein in KBB³ § 2 KSchG Rz 2.

vorgegebene Lösung, die dem hypothetischen Parteiwillen entsprechen soll. Der Gesetzgeber leistet hier also eine Art Vertragshilfe und das sollte man bei der Auslegung auch bedenken.¹²⁵

So muss bspw. nach § 862 ABGB "...das Versprechen (Antrag) innerhalb der vom Antragsteller bestimmten Frist angenommen werden..." – eine fixe Frist wird nicht vorgegeben. In § 905 ABGB Abs 1, kann sich der Erfüllungsort aus einer Vereinbarung ergeben. Nur, wenn nichts vereinbart wurde, muss am Wohnort des Schuldners erfüllt werden.

Oft wird aber nichts über eine entsprechende Norm-Eigenschaft ausgesagt, was aber dann keineswegs bedeutet, dass man gleich davon ausgehen darf, dass es sich um eine dispositive Norm handelt, auch wenn sich dies gedanklich aus dem allgemeinen Grundsatz der Handlungsfreiheit ergeben könnte. Dieser Grundsatz leitet sich, so wie die Privatautonomie und das Eigentum, aus dem allgemeinen Freiheitsprinzip ab.¹²⁶ Praktisch gesehen, kommt die Handlungsfreiheit oft aber erst dann zu ihrer Anwendung, wenn durch Auslegung keine etwaigen Einschränkungen hervortreten.

Die Eigenschaft zwingend oder nachgiebig ist daher nicht immer direkt aus dem Wortlaut einer Bestimmung zu erkennen, oft ergibt sich ihre zwingende Natur erst durch ihre weitere Auslegung¹²⁷; beispielsweise die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit in § 865 ABGB.

Es sind daher die allgemeinen Grundsätze zur Auslegung von Gesetzen anzuwenden. Primär sind diese in den §§ 6 und 7 ABGB festgelegt, wo der historische ABGB-Gesetzgeber schon erkannt hat, dass Gesetzesnormen selten ganz eindeutig sind und immer wieder die Frage aufkommt, was gemeint ist; dementsprechend wird die Wort-, die systematische und die historisch-teleologische Auslegung angeführt.¹²⁸ Auch die ökonomische Analyse des Rechts kann für die Auslegung zur Unterstützung herangezogen werden.¹²⁹ *F. Bydlinski* sieht die ökonomische Analyse vor allem im Lichte der

¹²⁵ Vgl *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 96.

¹²⁶ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 148.

¹²⁷ Vgl *Grigoleit*, in Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts Bd II, 1822.

¹²⁸ *P. Bydlinski* in KBB³ § 6 Rz 1-2.

¹²⁹ *P. Bydlinski* in KBB³ § 6 Rz 9.

Zweckmäßigkeit, als eine ergänzende Methode, besonders wenn es um die Minimierung von "Transferkosten" geht.¹³⁰

Nach *Kähler* soll es generell bei dem Akt der Auslegung, wenn es um die Frage, ob zwingend oder abdingbar geht, offenbar nicht auf den Inhalt der Regelung ankommen. Diese Frage solle unabhängig von ihrem Regelungsinhalt beurteilt werden.¹³¹ Ob dies möglich ist, könnte man auf dem ersten Blick bezweifeln. Dies ist nur nachzuvollziehen, wenn man die Begriffe zwingendes und dispositives Recht ordentlich vom Begriffspaar striktes und billiges Recht auseinanderhält.¹³²

Im konkreten Fall kann es aber durchaus schwierig sein, festzustellen zu welcher Art von Norm eine bestimmte Regelung zu zählen ist. Für Vertragsparteien stellt es eine gewisse Unsicherheit dar, wenn nicht klar ist, ob gültig über Vertragsinhalte disponiert werden kann. Die Tatsache der nicht immer eindeutigen Bestimmbarkeit, ist sogar ein Teil so mancher größerer Untersuchung.¹³³ Bei der Gewährleistung gibt es auch genügend Fragen, wollte man de lege lata im Detail klären, ob und inwieweit Gewährleistung zwingend oder dispositiv ist.¹³⁴

Jedenfalls ist für die Auslegungsarbeit, ob zwingendes oder dispositives Recht vorliegt, ohne Einschränkung, der gesamte Kanon an Auslegungswerkzeugen von Relevanz.¹³⁵

So wird man, wie oben in den beiden Beispielen (§§ 905 und 862 ABGB), durch einfache, wörtlich-grammatikalische Auslegung schon anhand des Normtextes feststellen können, welche Wirkung angeordnet ist;¹³⁶ rein mit der sprachlichen Herangehensweise, wird man aber auch sehr bald an Grenzen stoßen.

¹³⁰ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 331.

¹³¹ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 34.

¹³² Siehe I.B.3.

¹³³ Beispielsweise sei angeführt *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, 2009, welcher sich aber auch besonders um dessen Rechtfertigung annimmt.

¹³⁴ Vgl allgemein zu den rechtsgeschäftlichen Einschränkungen der Gewährleistung, *P. Bydlinski* in KBB, § 929 ABGB, Rz 3 ff.

¹³⁵ Vgl *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 436 ff.

¹³⁶ Vgl *Möslein*, Dispositives Recht, 175.

Beispielsweise ordnet § 1074 ABGB in einem einfachen Satz an "...Auch kann das Vorkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten, noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden...". Dabei handelt es sich nach der herrschenden Meinung um eine zwingende Anordnung.¹³⁷ Aber warum ist das so und wie kommt man zu diesem Ergebnis?

Aus dem Wortlaut dieser einzelnen Norm kann nicht unbedingt geschlossen werden, ob eine gegenteilige vertragliche Vereinbarung möglich ist oder nicht. Beim Wortlaut darf die Auslegung bekanntlich nicht stehenbleiben. So ist dann die systematische Auslegung gleichzeitig die Suche nach einem gesetzgeberischen "Masterplan".¹³⁸ Schließlich muss man die teleologische Auslegung, die nach dem Sinn fragt, heranziehen. Spätestens dort kommen die Schutzzwecke des zwingenden Rechts ins Spiel.¹³⁹

Warum die oben angeführte Bestimmung des § 1074 ABGB von zwingender Natur ist, ist nach *F. Bydlinski* das Ergebnis einer historisch-teleologischen Interpretation, diese beschränkt sich nicht mehr in alleinigen sprachlichen Überlegungen zum Gesetzestext.¹⁴⁰ Es wird außerhalb des Gesetzestextes Material zur Entstehungsgeschichte der Norm herangezogen und daraus der Zweck des Gesetzes ermittelt. So werden dann auch allgemeine Wertungen und Rechtsprinzipien ermittelt. In diesem Fall haben die Materialien ergeben, dass die Bestimmung ursprünglich ausdrücklich als dispositiv vorgesehen war. Da sich diese Formulierung jedoch nicht mehr im Gesetz wiederfindet, hatten sich im Gesetzwerdungsprozess offensichtlich jene Kräfte durchgesetzt, die für eine zwingende Regelung waren. Grund dafür war die "bürgerliche Freiheit und der Verkehr".¹⁴¹

Kommt man also mit der wörtlich-grammatikalischen Auslegung nicht weiter, kann ein Blick in die historischen Gesetzesmaterialien helfen.

Möslein hat für das BGB festgestellt, dass sich die Väter des BGB gerade bei einer entsprechenden Charakterisierung der Normen explizit zurückgehalten

¹³⁷ *Apathy* in KBB³ § 1074 Rz 1.

¹³⁸ *Möslein*, Dispositives Recht, 177.

¹³⁹ *Möslein*, Dispositives Recht, 179.

¹⁴⁰ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, 451.

¹⁴¹ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, 452.

haben. Nur wo es die Wichtigkeit oder Zweifelhaftigkeit betraf, sollte eine Klarstellung erfolgen.¹⁴² Aktuell gilt für die deutschen Gesetzesentwürfe, dass klar hervorgehen sollte, ob eine Norm zwingend oder dispositiv sein soll.¹⁴³ Für den österreichischen Gesetzgeber ist in den ligistischen Richtlinien des Bundeskanzleramtes eine ähnliche Vorgabe zu finden.¹⁴⁴ Zwingend oder dispositiv ist oft nicht eine "Alles-oder-nichts-Entscheidung".¹⁴⁵ Die Aussage zwingend oder dispositiv ist nämlich nie auf die isolierte Norm alleine beschränkbar, sie hat immer auch im Zusammenhang mit weiteren Gesichtspunkten zu erfolgen.¹⁴⁶

Gerade die Regelungen zur Gewährleistung bilden ein gutes Beispiel. Eine pauschale Aussage wie die Gewährleistungsregeln wirken, kann nicht getroffen werden. Die Bandbreite reicht von § 929 ABGB, wo ein Verzicht dezidiert möglich ist und daher eigentlich von einer dispositiven Natur ausgegangen werden könnte, über die Grenze des § 879 ABGB und § 9 KSchG, wo sie im Wesentlichen zwingend ist.

¹⁴² *Möslein*, Dispositives Recht, 176.

¹⁴³ Vgl *Möslein* mit Verweis auf Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 39.

¹⁴⁴ Bundeskanzleramt (Hrsg.), Handbuch der Rechtssetzungstechnik – Teil I (1990), 6.

¹⁴⁵ Vgl *Kähler*, 355; Eine endgültige pauschale fixe Typisierung von Normen, ist aus der Sicht des Gesetzgebers für manche Bereiche auch nicht immer möglich, da manchmal verfassungsrechtliche Gründe dagegen sprechen.

¹⁴⁶ *Schwander*, Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv? in *Honsell ua* (Hrsg.), Privatrecht und Methode FS Ernst A. Kramer, 2004, 402.

D. Der Begriff der Privatautonomie

1. Allgemein

Zwingendes Recht gilt gemeinhin als genereller Antagonist der Privatautonomie. Je starrer die vorgegebene Ordnung, desto enger die Grenzen in denen die Privatrechtssubjekte nach ihren eigenen Vorstellungen handeln und frei sein können. Was versteht man unter Privatautonomie?

Privatautonomie ist so fundamental, dass sie für die Bedeutung des Privatrechts in einer Rechtsordnung als Gradmesser dienen kann: je mehr Privatautonomie, desto wichtiger ist das Privatrecht im Vergleich zum öffentlichen Recht und desto mehr Freiräume kann eine Gesellschaft ihren Mitgliedern bieten. Auch wird durch das Ausmaß an Privatautonomie die Wirtschaftsordnung in einem Land widerspiegelt, die von dieser Rechtsordnung getragen wird. Privatautonomie ist die Grundvoraussetzung einer liberalen Wirtschaftsordnung. Anders in Realsozialistischen Systemen, wie das beispielsweise in der DDR früher der Fall war, wo mit dem Privatrecht das Ziel verfolgt wurde, die Bevölkerung planmäßig zu versorgen. Der Privatautonomie wurden hier enge Grenzen gesetzt, weil vorwiegend öffentlich-rechtliche Regelungstechniken, wie eben auch zwingendes Recht, angewendet wurden, welche nicht das Ziel der Selbstbestimmung verfolgen.¹⁴⁷

Nach *F. Bydlinski*¹⁴⁸ stellt die Privatautonomie eine Konkretisierung des fundamentalen Freiheitsprinzips in Bezug auf alle relativ staatsfernen gesellschaftlich-privatrechtlichen Verhältnisse dar. Dieses Freiheitsprinzip beinhaltet die allgemeine Handlungsfreiheit, Persönlichkeitsrechte und lässt das Privateigentum zu. Die "rechtsgeschäftliche" Privatautonomie ermöglicht die Schaffung von individuellen Rechtsregeln (Vertragsfreiheit, Testierfreiheit usw). Es ist ein Grundprinzip, welches jedem ermöglicht, individuell einer Erwerbstätigkeit nach eigenen Wünschen und Vorstellungen nachzugehen. Es stellt jedem frei, sich den Wohnort nach eigenem Belieben auszusuchen und lässt es schließlich und endlich auch zu, dass man über seinen Tod hinaus

¹⁴⁷ Vgl *Brunner*, Zivilrecht in der Deutschen Demokratischen Republik 5.

¹⁴⁸ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 148.

vermögensrechtliche Dispositionen treffen kann. Zwingendes Recht aber, schränkt die Möglichkeiten privatautonomer Handlungen ein.

Dennoch sind zwingendes Recht und Privatautonomie Begriffe, die neben einander stehen können. Zwingendes Recht kann auch Schutzschirm für die Privatautonomie sein. Denkt man das Prinzip der Privatautonomie konsequent weiter, dann hat jeder auch die Freiheit, auf seine Privatautonomie zu verzichten.

Der Verzicht auf diese "äußere" Freiheit, kann aber nur Anerkennung finden, wenn er aus einem Akt der "inneren" Freiheit heraus entsteht. Es gibt daher zwingende Regelungen, die verhindern, dass die Privatautonomie "privatautonom" eine Auflösung erfährt, welche typischerweise nämlich nicht auf einer (wirklich) freien Entscheidung beruht.

Den Rechtssubjekten Freiheiten einzuräumen ist nur sinnvoll, wenn diese sich auf gleicher Augenhöhe befinden. Alle Handlungsfreiheiten sind nur sinnvoll, wenn eine entsprechende Gleichheit hergestellt ist, es müssen dementsprechend immer beide Ziele, also Gleichheit und Freiheit, verfolgt werden, um Individualfreiheit sicherzustellen.¹⁴⁹

Durch die Privatautonomie werden zwei Aspekte der Selbstbestimmung zum Ausdruck gebracht. Der eine Aspekt ist, dass die Möglichkeit vorhanden sein soll, ohne staatliche Interventionen Beziehungen zur Umwelt zu regeln – man spricht von der sogenannten staatliche "Nichteinmischung".

Der zweite Aspekt ist die Möglichkeit den eigenen Willen gegenüber Dritten zu verwirklichen. Hier wird der Einzelne mit seinem Freiheitsbedürfnis und seinem "Selbst", das durch den Willen sichtbar wird, ins Zentrum gerückt. Sowohl der Aspekt der "Nichteinmischung" von staatlicher Seite, als auch der Aspekt der persönlichen Freiheit, deuten auf eine verfassungs- und grundrechtliche Komponente hin, welche weiter unten behandelt werden soll.¹⁵⁰

Das Prinzip der Privatautonomie wird jedenfalls als ein wesentlicher Grundbaustein der Privatrechtsordnung gesehen. Jedes Prinzip im Recht wird aber dann auf die Probe gestellt, wenn es zu ungerechten Ergebnissen führt oder

¹⁴⁹ Picker, Die Privatgesellschaft und ihr Privatrecht in *Riesenhuber (Hrsg), Privatgesellschaft*, 214.

¹⁵⁰ Siehe I.D.3.

wenn es mit anderen Prinzipien in Konkurrenz tritt. Oft lassen sich solche Prinzipienkonflikte nur (oder leichter) mit zwingendem Recht auflösen.

Auch innerhalb der Privatautonomie liegt ein gewisses Prinzipienkonfliktpotential, das es aufzulösen gilt. So wird im Bereich des Verbraucherrechts die Inhalts- und Gestaltungsfreiheit durch zwingende Normen eingeschränkt, mit dem Ziel das Vertrauen der Verbraucher zu stärken und diese so zu deren grenzüberschreitenden (im wahrsten Sinne des Wortes) Inanspruchnahme der Abschlussfreiheit zu bewegen.¹⁵¹

Ist in der Literatur von Privatautonomie die Rede, dann wird diese sehr oft synonym mit ihrer wohl wichtigsten Erscheinungsform verwendet, nämlich mit der Vertragsfreiheit.¹⁵² Es sind auch noch die Testierfreiheit, die Eigentumsfreiheit und die Vereinigungsfreiheit als Erscheinungsformen der Privatautonomie zu nennen. Der Begriff Privatautonomie ist ein Abstraktum, das es so nicht gibt. Nur konkrete Ausformungen sind tatsächlich wahrnehmbar und lassen sich unter der Überschrift Privatautonomie oder Selbstbestimmung zusammenfassen.

Es folgt eine kurze Erläuterung der Testierfreiheit, der Eigentumsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit. Der Vertragsfreiheit widme ich wegen ihrer Bedeutung ein eigenes Kapitel.

- Testierfreiheit

Es gibt eine gesetzlich vorgegebene Erbfolgeordnung. Diese kann vom Erblasser durch ein Rechtsgeschäft geändert werden. Die vorgegebene Erbfolgeordnung ist daher dispositives Recht. Die Freiheit dies zu tun und auch jederzeit ändern zu können (derogatorischer Vorbehalt) wird Testierfreiheit genannt und ist zwingendes Recht.¹⁵³ Diese Freiheit ist, so wie die Vertragsfreiheit auch, nicht ohne Grenzen. Eine viel diskutierte Einschränkung ist das sogenannte Pflichtteilsrecht. Dieses schränkt die Testierfreiheit, im Interesse naher Angehöriger, die der Erblasser im bestimmten Umfang bedenken muss,

¹⁵¹ *Dauner-Lieb*, Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-Recht ihr Garant oder ihr Totengräber? AnwBl 12/2013, 845.

¹⁵² Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (Das Rechtsgeschäft), 12; *Riedler*, Zivilrecht I Allgemeiner Teil⁵ Rz 10/6.

¹⁵³ Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 480; *Apathy* in KBB³ § 719 Rz 1.

ein.¹⁵⁴ Die Einschränkung dieser Freiheit resultiert aus einem anderen Prinzip. Dem Prinzip der Familienerbfolge oder Familiensolidarität, da das Vermögen in der Familie bleiben soll. Die Mitglieder haben meistens dazu beigetragen, das Vermögen zu mehren, daher soll es auch später grundsätzlich zur Versorgung der Familie zur Verfügung stehen. Dieses Spannungsfeld zwischen Familienerbfolge, Familiensolidarität und testamentarischer Selbstbestimmung wurde durch den Mittelweg des Pflichtteilsrechts gelöst.¹⁵⁵ Damit dieser Kompromiss gelingt, braucht es die zwingenden Regelungen zum Pflichtteilsrecht. *F. Bydlinski* setzt dies auf seine privatrechtliche Prinzipienliste.

- Eigentumsfreiheit

Eigentumsfreiheit bedeutet, dass eine Sache rechtlich in die freie und willentliche Verfügung eines Berechtigten gestellt wird;¹⁵⁶ er somit schalten und walten kann, nach seinem Belieben.¹⁵⁷ Aus wirtschaftlicher Sicht bildet die Eigentumsfreiheit, gemeinsam mit der Vertragsfreiheit, das Fundament einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Die konkrete Ausformung des Eigentumsrechts und deren Einschränkungen in der Rechtsordnung, spiegeln also die Geisteshaltung und die liberale Einstellung eines Gesetzgebers wieder. Art 5 des Staatsgrundgesetzes und Art 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK macht das Eigentumsrecht zu einem umfassend geschützten Recht; auch strafrechtlich ist das Eigentum vor ungerechtfertigten Eingriffen entsprechend geschützt.¹⁵⁸ Die Schranken resultieren zum einen aus dem öffentlichen Interesse und zum anderen aus dem Rücksichtnahmegebot gegenüber Dritten.¹⁵⁹ Wie bei allen Rechtsprinzipien, kommt es auch bei der Eigentumsfreiheit, zu notwendigen Einschränkungen, wenn sie auf gegenläufige Prinzipien trifft.¹⁶⁰

Die verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsgarantie ist der Anknüpfungspunkt für den grundrechtlichen Schutz der Privatautonomie,

¹⁵⁴ Vgl. *Apathy*, Zivilrecht VII – Erbrecht⁴, Rz 5/1.

¹⁵⁵ Vgl. *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II, 444.

¹⁵⁶ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 326.

¹⁵⁷ *Eccher* in KBB³ § 354 Rz 1-2.

¹⁵⁸ *Riedler*, Zivilrecht Bd. V Sachenrecht³, Rz 3/4.

¹⁵⁹ *Eccher* in KBB³ § 364 Rz 2-3.

¹⁶⁰ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 327.

deshalb ist die Eigentumsgarantie nicht bloß für sachenrechtliche Fragen von Bedeutung.¹⁶¹

- Vereinigungsfreiheit

Das Besondere an der Vereinigungsfreiheit ist die Möglichkeit der Verfolgung von gemeinsamen Interessen einzelner Personen; die Personen würden als Einzelne keinen Erfolg haben und das Vorhaben nicht in Angriff nehmen, dürften sie sich nicht zusammenschließen.¹⁶² Es hängt daher die Wirtschaftsfreiheit in einer Wirtschaftsordnung nicht bloß davon ab, ob Privateigentum und Vertragsfreiheit gewährleistet wird, ebenso relevant ist, ob es der eigenständigen Entscheidung einer Personen überlassen bleibt, mit anderen Personen zwecks effektiverer Verwirklichung ihrer wirtschaftlichen aber auch sonstigen Zielen in organisierter Form zusammenzuwirken.¹⁶³ Oft bildet die Vereinigungsfreiheit ein Spannungsfeld mit der Vertragsfreiheit, vor allem wenn der Zusammenschluss in der Form von Kapitalgesellschaften erfolgt.

Zwingendes Recht hat im Gesellschaftsrecht mehrere Zielsetzungen: der Gläubigerschutz, der Arbeitnehmerschutz und der Gesellschafterschutz. Das Recht der Aktiengesellschaften ist jenes, welches vom zwingenden Gesellschaftsrecht am stärksten betroffen ist.

2. Die Vertragsfreiheit

Der bedeutendste Aspekt der Privatautonomie findet sich in der Form der Vertragsfreiheit. Die Bedeutung der Vertragsfreiheit erkennt man daran, dass der Begriff oft auch als Synonym für Privatautonomie verwendet wird.¹⁶⁴ So ist es naheliegender Weise keine Überraschung, wenn zwingendes Recht gerade im Bereich des Vertragsrechts, als besonders störend empfunden wird, da Zwang und Freiheit sich nicht gut verstehen.

Hier sollen die Vertragsfreiheit, ihre Erscheinungsformen, ihre Einschränkungen und die dafür vorgebrachten Rechtfertigungen oder

¹⁶¹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 868; Siehe I.D.3.

¹⁶² *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 142.

¹⁶³ *B. Raschauer*, Wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit, ÖZW 1992/1, 11.

¹⁶⁴ Bspw *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 174; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht, 7.

bessergesagt Erklärungsmodelle dargestellt werden. Die Vertragsfreiheit tritt dabei in der Form der Abschluss-, Inhalts-, und Formfreiheit in Erscheinung. Bei Einschränkungen dieser Freiheiten fragt man sich, was die Gründe sind und wie sie zu rechtfertigen sind.

a. Abschlussfreiheit

Bei einem Kontrahierungszwang hat der Begünstigte die rechtlich durchsetzbare Möglichkeit, gegen den Willen des Verpflichteten, den Abschluss eines Rechtsgeschäftes herbeizuführen.¹⁶⁵ Um es mit den treffenden Worten von *F. Bydlinski*¹⁶⁶ auszudrücken: "Der Kontrahierungszwang schränkt die Vertragsfreiheit nicht bloß ein, er negiert diese geradezu." Nur mehr für den berechtigten Teil besteht Vertragsfreiheit, dem verpflichteten Teil nimmt man diese Freiheit.¹⁶⁷ ME verdient schon aus diesem Grunde der Kontrahierungszwang (im Verhältnis zu den anderen Aspekten der Vertragsfreiheit) eine ausführlichere Behandlung.

*Kilian*¹⁶⁸ schlägt folgende funktionale Definition vor: "Kontrahierungszwang ist aufzufassen als ein Korrektiv für das marktbedingte Fehlen einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragsabschluss über wichtige Güter oder Leistungen". Der Kontrahierungszwang wird hier durch das Fehlen einer Alternative, die zu einer Art Zwangslage führt, gerechtfertigt. Zwangslagen gelten im Prinzip als Einschränkung der willentlichen Selbstbestimmung. Willenserklärungen, die durch mangelhafte Willensbildungsprozesse zustande gekommen sind, entfalten nicht so eine starke Bindungswirkung. Dies ist im ABGB anerkannt. Zu nennen wären beispielsweise primär Wucher und List.¹⁶⁹ Sie geben dem Berechtigten die Möglichkeit diese Zwangslage oder die Folgen mit der Ausübung eines entsprechenden Gestaltungsrechts aufzulösen. Die Beeinträchtigung der willentlichen

¹⁶⁵ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I, 141; wobei sich der Kontrahierungszwang mittlerweile nicht mehr auf lebenswichtige Bereiche der Existenzsicherung beschränkt, Vgl *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 879 Rz 178.

¹⁶⁶ *F. Bydlinski*, Zu den dogmatischen Fragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 4.

¹⁶⁷ *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd I (1987), 42.

¹⁶⁸ *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 52.

¹⁶⁹ Vgl Wucher: *Bollenberger* in KBB³, § 879 Rz 20 und Drohung: § 870 Rz 4.

Selbstbestimmung geht, in den Fällen wo ein Kontrahierungszwang anerkannt wird, dabei nicht von der zu verpflichtenden Partei aus, es handelt sich um eine faktische, (äußerliche) ökonomische Gegebenheit, nämlich der des Marktes.

Wie wird ein Versprechen, eine bestimmte Leistung zu erbringen rechtlich gültig? Die Frage ist trivial, die Antwort auch: durch zwei korrespondierende Willenserklärungen. Bei näherer Betrachtung ergeben sich viele Detailfragen, die es zu regeln gilt. Diese sind bekannt. Eine davon ist die Berücksichtigung von Zwangslagen. Die von der Dogmatik entwickelte Rechtsgeschäftslehre fasst diese Detailfragen, deren Lösung samt Regeln, welche zum Abschluss von Verträgen beachtlich sind zusammen.¹⁷⁰ Sie sind von der Idee der Vertragsfreiheit geleitet. Davon ausgehend meint nun *Busche*, dass der allgemeine Kontrahierungszwang die Vertragsfreiheit nicht beschränkt, sondern in ihr enthalten ist (Immanenz-These)¹⁷¹, diese sogar zu verwirklichen hilft. Er zieht damit den Kreis weiter und sieht den Kontrahierungszwang nicht als Ausnahme, sondern als systemimmanent.

Ausdrücklich gesetzlich angeordnete Kontrahierungszwänge findet man im ABGB nicht. So lassen sich eine Reihe von spezialgesetzlichen Bestimmungen aufzählen, die ausdrücklich einen Kontrahierungszwang vorsehen: § 77 Elektrizitätswirtschafts- und Organisationsgesetz 2010, § 5 Bundesgesetz vom 29. Juni 1977 zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen, § 48 Ärztegesetz 1998, § 20 Börsegesetz. Der Kontrahierungszwang ist aber keine Erfindung der neueren Zeit.¹⁷² Die Vertragsfreiheit hat sich erst im Liberalismus des 19. Jahrhunderts entwickelt und ist daher eine relativ neu Idee.¹⁷³ Erst der Missbrauch der Vertragsfreiheit führte dazu, diese wieder einzuschränken bzw einen genaueren gesetzlichen Rahmen zu schaffen – daher kommt auch der Kontrahierungszwang.¹⁷⁴ Gemeinsam ist

¹⁷⁰ Im ABGB finden man die meisten Bestimmungen die man als Teil der Rechtsgeschäftslehre bezeichnen kann im 17. Hauptstück des 2. Teils in den §§ 859 bis 916.

¹⁷¹ *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 273 ff.

¹⁷² *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 48, führt einige Beispiele an, unter anderem die Marktordnung der Stadt Wien vom 1.6.1569.

¹⁷³ *Scherrer*, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, 33; *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 48.

¹⁷⁴ *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 46.

den Bestimmungen, ihr wirtschaftlicher Zweck, nämlich eine (Mindest-) Versorgung mit bestimmten Gütern bzw Dienstleistungen sicherzustellen und ein wirtschaftspolitisches Lenkungsziel.¹⁷⁵ Sowohl der Begriff der Grundversorgung, als auch der des Lenkungsziels, müssen sehr weit verstanden werden. Neben den oben angeführten sondergesetzlichen Kontrahierungszwängen, gibt es welche, die sich aus Lehre und Rechtsprechung entwickelt haben. Umstritten ist nach welcher Anspruchsgrundlage ein allgemeiner Kontrahierungszwang gerechtfertigt ist. Die erste Argumentationslinie hängt sich an § 1295 Abs 2 ABGB an und stellt auf das darin enthaltene Verbot des Rechtsmissbrauchs ab. Hierbei handelt es sich um eine Norm im Bereich des deliktischen Schadenersatzrechts, wo das nötige Verschulden und ein eingetretener Schaden in diesem Fall nur schwer festzumachen sind.¹⁷⁶ Die zweite mögliche Gesetzesgrundlage ist der Auffangtatbestand des § 879 ABGB. Dabei geht es vor allem um die Ausnützung einer Monopolstellung bei er faktischen (wirtschaftlichen) Übermacht.¹⁷⁷ Ein funktionierender Markt stellt eine Voraussetzung für die Privatautonomie dar.¹⁷⁸ Der Kontrahierungszwang soll somit dem Schutz der Privatautonomie dienen und kann so dem Missbrauch von Monopolstellungen entgegenwirken. Die dritte Möglichkeit wäre (freilich entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut), den allgemeinen Kontrahierungszwang unter bestimmten Voraussetzungen einfach in den Bereich des § 861 ABGB zu verorten, also dort wo im ABGB Rechtsgeschäftslehre behandelt wird. Das würde der von *Busche* (siehe oben) aufgestellten Immanenz-These am ehesten entsprechen.

b. Inhalts- und Gestaltungsfreiheit

Hand in Hand mit dem oben dargestellten Kontrahierungszwang werden in diesem Zusammenhang praktisch immer auch zwingende Bestimmungen zu finden sein, die ebenso auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages einwirken; andernfalls könnte sich der verpflichtete Teil durch das Bestehen auf unrealistische Vertragsbedingungen von seiner Verpflichtung zum

¹⁷⁵ *Busche* in Münchner Kommentar zum BGB⁶, vor § 145, Rn 14.

¹⁷⁶ Vgl *F. Bydlinski*, AcP, 1980, 10; *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 82.

¹⁷⁷ *Rummel*, ABGB § 879 RZ 83.

¹⁷⁸ *Graf* ABGB online § 879 RZ 175.

Vertragsabschluss entledigen.¹⁷⁹ Jede Einschränkung der Abschlussfreiheit ist somit praktisch immer auch mit einer Einschränkung der Inhaltsfreiheit verbunden. Abschluss- und Inhaltsfreiheit sind somit eng miteinander verwoben.

Neben dem Kontrahierungszwang findet man gerade bei der Beschränkung der Inhalts- und Gestaltungsfreiheit viele zwingenden Vorschriften, die oft einen Anlass bieten, darin das Ende der Privatautonomie zu sehen.¹⁸⁰

Die Tatsache, dass von der Rechtsordnung nicht alle Vertragsinhalte als solche anerkannt werden, findet man im ABGB, wenn auch nicht so genau ausformuliert und daher mit einer gewissen Rechtsunsicherheit behaftet; es sind dies die Generalklauseln in § 879 Abs 1 und 2 ABGB, der Sonderfall der allgemeinen Geschäftsbedingungen in § 879 Abs 3 und § 864a ABGB.

Verträge die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, sind nichtig, so der Regelungsinhalt von § 879 ABGB. Zwei sehr offen gehaltene Tatbestände, die im Lauf der Zeit auch außerhalb des ABGB präzisiert wurden. Was das gesetzliche Verbot betrifft, öffnet sich das ABGB mit dieser Regelung aber quasi auch für andere Vorschriften, auch dem ungesetzten zwingendem Recht.¹⁸¹ § 879 ABGB gilt als Zentralnorm der Inhaltskontrolle für jedes private Rechtsgeschäft;¹⁸² ob ein gesetzeswidriger Inhalt aber tatsächlich zu einer Nichtigkeit führt, bestimmt dann der Zweck des Verbotes. Dieser Zweck kann aber dann eben nicht aus dem § 879 entnommen werden.

Unscharf ist der Begriff der Sittenwidrigkeit. Das Gesetz verweigert Verträgen die rechtliche Anerkennung, wenn diese, nach einer Interessenabwägung, zu einer groben Verletzung von rechtlich geschützten Interessen führen würden, oder wenn es bei einer Interessenskollision zu einem groben Missverhältnis kommen würde. Als Richtschnur können die natürlichen Rechtsgrundsätze des § 7 ABGB herangezogen werden. Auch Grundrechte,

¹⁷⁹ *Rummel* in *Rummel* ABGB³, § 861 Rz 10.

¹⁸⁰ *Dauner-Lieb*, Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-Recht ihr Garant oder ihr Totengräber?, AnwBl 12/2013, 845.

¹⁸¹ *Krejci* in *Rummel* § 879 ABGB Rz 3.

¹⁸² *Bollenberger* in *KBB*³ § 879 Rz 1.

Moral oder das Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft bilden dabei durchaus anerkannte Entscheidungshilfen.¹⁸³

Der Begriff der Sittenwidrigkeit bleibt also unscharf und schwammig. Eine Konkretisierung, welche die Freiheiten und ihre Grenzen präzisiert, führt aber im Ergebnis auch zu Freiheitseinschränkungen – ein Preis der für die Rechtssicherheit bezahlt werden muss. Als plakatives Beispiel sei hier der Verbraucherschutz zu erwähnen, konkret der Klauselkatalog des § 6 KSchG.

In der Diskussion anlässlich des Ministerialentwurfes zum KSchG sprachen *Doralt/Koziol* über § 6 KSchG von "...nicht gerechtfertigten Einschränkungen der Privatautonomie..." die "...keinerlei Anpassung an den Einzelfall ermöglichen..."; auch die im Zuge der Einführung des Verbraucherschutzes geänderten Bestimmungen im ABGB wurden als "...unerträgliche Einschränkung der Freiheit des Einzelnen..." gesehen, gerade weil die Bestimmungen "...nach dem Entwurf zwingend ausgestaltet werden sollen...".¹⁸⁴ Genauso werden Verbraucherrechtlinien im Vorfeld für ihre zwingenden Wirkungen oft und gerne kritisiert.¹⁸⁵ Auch wenn die inhaltlichen Einschränkungen zahlreich sein mögen, ist die Kritik oft zu pauschal.

Die zwingenden Vorschriften des ABGB schränken die Inhalts- und Gestaltungsfreiheit insgesamt nicht in einem solche Maße ein, dass diese als zu weit empfunden würden. Sie regeln oft bloß bestimmte Ordnungsfragen, die, wären sie nicht geregelt, den Abschluss von Rechtsgeschäften behindern würden.

c. Formfreiheit

Eine weitere Einschränkung der Vertragsfreiheit findet man in gesetzlichen Bestimmungen, welche die Gültigkeit von Rechtsgeschäften davon abhängig machen, in welcher Form sie abgeschlossen werden. Grundsätzlich gilt das

¹⁸³ *Bollenberger* in KBB³ § 879 Rz 5.

¹⁸⁴ *P. Doralt/Koziol*, Stellungnahme zum Entwurf des KSchG, 1.

¹⁸⁵ *Dauner-Lieb*, Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-Recht ihr Garant oder ihr Totengräber?, AnwBl 12/2013, 845; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht, 14; *Wagner*, Zwingendes Privatrecht, ZEuP 2010/2, 246.

Prinzip der Formfreiheit.¹⁸⁶ Das ABGB spricht sich in § 883 ABGB klar für eine Formfreiheit aus.

Einzelne Bestimmungen sehen aber eine Einschränkung dieser prinzipiellen Freiheit vor. Bürgschaftserklärungen sind beispielsweise nach § 1346 Abs 2 ABGB nur gültig, wenn sie schriftlich abgegeben werden. Eine Schenkung bei der das Geschenk nicht sofort übergeben werden soll, bedarf nach § 1 Abs 1 NotAkteG eines Notariatsaktes. Ebenso ist der Erwerb und die Veräußerung von GmbH Anteilen an einen Notariatsakt gebunden. Zu nennen wären auch letztwillige Verfügungen, welche nicht in einer beliebigen Form gültig abgegeben werden können.

Der Sinn dieser Formzwänge liegt darin, dass damit immer bestimmte Zwecke verfolgt werden. Entweder ist der Zweck ein Übereilungsschutz oder es wird eine gewisse Offenkundigkeit bezweckt oder die Form dient der Beweissicherung.

Das Fehlen der entsprechenden Form indiziert dabei oft das Vorliegen der zu vermeidenden Gefahr. Soll beispielsweise die Form vor Übereilung schützen, folgten aus einem Fehler der Form, immer die entsprechenden Sanktionen, unabhängig davon wie gut sich die Partei den Vertragsabschluss überlegt hat. Ist die Form aber gewahrt, kann man nicht von einer höheren Bestandskraft des Vertrages ausgehen. Es kommt zB nicht zu einem Ausschluss der Irrtumsanfechtung.¹⁸⁷

Auf der anderen Seite sieht das ABGB in einem Mangel einen weniger schweren Nichtigkeitsgrund. Eine zB formungültige Schenkung nach § 934 ABGB bleibt als Naturalobligation bestehen; gemäß § 1432 ABGB ist nämlich eine Heilung des Geschäftes möglich, wenn es nur wegen eines Mangels in der Form ungültig ist. Bestimmungen die eine unbedingte Form vorgeben, müssen immer zwingend sein, damit sie ihre Zweckmäßigkeit erfüllen. Sie schränken damit auch die Vertragsfreiheit ein.

¹⁸⁶ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 184.

¹⁸⁷ *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen: eine privatrechtsvergleichende Untersuchung (1999), 18.

Die Sanktionen, die aus einem Mangel in der Form folgen, sind im Vergleich zu einer allgemeinen Nichtigkeit, im ABGB herabgestuft. Ein gesetzlicher Formzwang greift somit nicht so stark in die Vertragsfreiheit ein, wie dies beim Kontrahierungszwang oder bei Einschränkungen der Inhalts- oder Gestaltungsfreiheit der Fall ist.

3. Verfassungs- und grundrechtliche Betrachtung

Die Debatte, inwieweit zwingendes Vertragsrecht die Privatautonomie einschränkt, hat auch eine verfassungsrechtliche Dimension.¹⁸⁸ Diese soll nun kurz erörtert werden.

Das Verfassungsrecht im materiellen Sinn legt typischerweise die Grundfunktionen eines Staates fest. Die Staatsform und die Aufteilung der Staatsfunktionen (Rechtserzeugung, Verwaltung, Rechtsprechung) wird daher auch als rechtliche Grundordnung des Staates bezeichnet. Im formellen Sinn ist das Verfassungsrecht durch eine erschwerte Abänderbarkeit gekennzeichnet. Das Verfassungsrecht soll dadurch im politischen Alltag außer Streit gestellt werden.¹⁸⁹

Aufgabe des Verfassungsrechts ist es – so wie in den meisten Ländern, welche nach demokratischen Prinzipien organisiert sind – unter anderem eine verfassungsmäßige Selbstbeschränkung des Staates festzulegen und so Freiräume zu schaffen, die dem staatlichen Wirken entzogen sind. Diese Freiheiten sind in den Grundrechten festgelegt, die zwecks Bindung des (normalen) Gesetzgebers, Verfassungsrang einnehmen.¹⁹⁰

Derartige Grundrechte finden sich aber nicht nur auf nationaler Ebene,¹⁹¹ sondern auch auf Ebene der EU.¹⁹² Zum einen über die ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechte, die vom EuGH¹⁹³ erstmals 1969 aufgegriffen wurden

¹⁸⁸ *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 15.

¹⁸⁹ Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 14.

¹⁹⁰ Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷, Rz 16.

¹⁹¹ Diese finden sich im StaatsgrundG v 21.12.1867, im B-VG 1929, in der MRG v. 4.11.1950, im BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit v. 29.11.1988 und im DatenschutzG 2000.

¹⁹² *Gratzl*, Grundrechte als Grenzen der Marktfreiheiten, 48.

¹⁹³ EuGH, 12.11.1969, 29/69 (Stauder).

und andererseits über die EMRG welche der EuGH in einem Urteil¹⁹⁴ aus 1974 für die Grundrechtsermittlung heranzieht.

Seit dem Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 gibt es in der Europäische Union eine verbindliche Grundrechte-Charta, die (neben den vier EU-Grundfreiheiten,¹⁹⁵ siehe sogleich unten) für die Grundrechtsermittlung heranzuziehen sind. Grundrechte bestimmen jedenfalls auch die nationalen Privatrechtsordnungen.

Bei Grundrechten handelt es sich, rechtshistorisch betrachtet, grundsätzlich um Abwehrrechte des Bürgers gegen staatliche Gewalt. Das bedeutet, dass sie die staatliche Regulierung begrenzen und subjektive Rechte verleihen. Dies kann man auch für die vier EU-Grundfreiheiten gelten lassen, sie genießen somit auch Grundrechtsqualität.¹⁹⁶

¹⁹⁴ EuGH, 14.5.1974, 4/73 (Nold); vgl *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, 13-14.

¹⁹⁵ Art. 26 Abs 2 AEUV: Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.

¹⁹⁶ Vgl *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S 106 ff.

a. Wirkungsweise der Grundrechte für das Privatrecht

Grundrechte sind eine Handlungsanleitung an die staatlichen Organe (Verwaltung, Gesetzgebung) und richten sich in erster Linie nicht an Privatpersonen. Die Frage ob sich ein Privater gegenüber einem Privaten auf Grundrechte berufen kann, wird unter dem Problem der Drittwirkung der Grundrechte behandelt; mit dem Argument, dass in den Grundrechten das Institut der Privatautonomie zu wenig Berücksichtigung finden würde, wird vertreten, dass es eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte nicht gibt, sondern nur eine mittelbare, die über der Auslegung der Generalklauseln des ABGB zum Tragen kommt.¹⁹⁷ Derartige Generalklauseln sind bspw die §§ 879, 1295 Abs 2, § 16 und § 7 ABGB.

Zwischen den Bürgern entfalten die Grundrechte – gewissermaßen auf einem Umweg – ihre Wirkungen, weil der Staat mit Hilfe der Rechtsordnung auch im Privatrechtsverkehr grundsätzlich verpflichtet ist, Bürger vor einander zu schützen.¹⁹⁸ Um diesen Aufgaben gerecht zu werden, können Freiheiten, wie die Vertragsfreiheit, durch zwingende Vorschriften eingeschränkt werden; beispielsweise können die zwingenden Bestimmungen zum Interzedentenschutz angeführt werden.

Das deutsche BVerfG¹⁹⁹ hat im Bürgschaftsfall die Fachgerichte dahingehend verpflichtet, die Generalklausel der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) grundrechtskonform so zu interpretieren, dass eine entsprechende Inhaltskontrolle vorzunehmen ist, welche auf die besondere Situation des Bürgen (es ging um Bürgschaften von einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger) Rücksicht nimmt.²⁰⁰ Die Grundaussage liegt darin, dass die Privatautonomie nicht nur formal, sondern auch materiell zu verstehen ist; eine Vertragspartei muss, unter bestimmten Voraussetzungen, vor der Bindung an einen für sie nachteiligen Vertrag, geschützt werden, wenn sie beim Abschluss

¹⁹⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I, 34.

¹⁹⁸ *Canaris*, Grundrechte im Privatrecht, 38.

¹⁹⁹ BVerfG, 19.10.1993, 1 BvR 567, 1044789.

²⁰⁰ *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechts-Charta und Privatrecht, 159.

in ihrer faktischen Möglichkeit zu privatautonomer Selbstbestimmung, erheblich beeinträchtigt war.²⁰¹

Die zwingenden Bestimmungen im KSchG zum Interzedentenschutz²⁰², die dem Rechtsanwender konkrete Kriterien vorgeben, wann eine Bürgschaft gemäßigt werden kann oder wann sie ganz zu erlassen ist, sind besser als Generalklauseln. Diese tragen nur unnötig zur Rechtsunsicherheit bei und sind schwierig zu verstehen.

b. Kann Privatautonomie ein Grundrecht sein?

Die andere Seite der Medaille "Grundrechte und Privatautonomie" ist die Frage, ob Privatautonomie nicht an sich ein Grundrecht darstellt.

Mit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie,²⁰³ gibt es für Unternehmer erheblich verschärfte Pflichten zur Widerrufsbelehrung des Verbrauchers, die sich teilweise in Förmlichkeiten erschöpfen. Wer diese allerdings nur geringfügig missachtet, verliert eventuell seinen ganzen Entgeltanspruch. Dies unabhängig vom Wert und der Qualität seiner erbrachten Leistung. Diese Regelung beschäftigt, wegen der Vermutung der Grundrechtswidrigkeit, den Verfassungsgerichtshof.²⁰⁴

Die Privatautonomie schlechthin wird durch das Grundrecht der Eigentumsgarantie geschützt.²⁰⁵ Dies geht auf einen "*leading case*" des VfGH²⁰⁶ zurück. Verändert zwingendes Recht einen privatrechtlichen Vertrag, greift es in das Eigentumsrecht beider Vertragsteile ein. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, dass dies nicht einseitig zum Nachteil einer Partei erfolgen soll.²⁰⁷ Ein Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, gibt es in Österreich hingegen als

²⁰¹ *Canaris*, Grundrechte im Privatrecht, 49.

²⁰² §§ 25a-25d KSchG.

²⁰³ RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher.

²⁰⁴ Vgl. *Wendehorst*, Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten? Zur möglichen Grundrechtswidrigkeit der Verbraucherrechterichtlinie, GPR 2015, 55.

²⁰⁵ Art 5 StGG und Art 1 1.ZP-MRK.

²⁰⁶ VfSlg 12.227/1989, vgl. auch *Stöger*, Das Erdölbevorratungsrecht als negatives Referenzgebiet für das Österreichische und Europäische Öffentliche Wirtschaftsrecht, ZfV 2009, 886.

²⁰⁷ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷ Rz 868 und 877.

ausdrückliche Norm nicht; es ist nur in der deutschen Verfassungsrechtsordnung bekannt.²⁰⁸ In Österreich hilft man sich diesbezüglich mit dem rechtsstaatlichen Prinzip; oder die allgemeine Handlungsfreiheit wird durch andere Grundrechte aufgefangen (so wie die Privatautonomie durch das Eigentumsgrundrecht). Eine Auffangfunktion übernimmt auch der allgemeine Gleichheitssatz, der vor Behördenwillkür und einfachen Gesetzen schützt.²⁰⁹

Der Gesetzgeber befindet sich, was die Privatautonomie betrifft, in einem Zwiespalt. Er muss einerseits die Bürger vor den Bürgern schützen und die Privatautonomie entsprechend einschränken. Er muss aber auch andererseits beachten, dass die Privatautonomie an sich geschützt ist und darf daher die Freiheit seiner Bürger nicht zu weit einschränken.

Der Gesetzgeber sitzt, was die Privatautonomie betrifft, durch europarechtliche (Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta) und allgemein verfassungsrechtliche Vorgaben, zwischen zwei Stühlen.

²⁰⁸ Merli, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBI 1994, 233.

²⁰⁹ Storr, Die österreichische Bundesverfassung - eine Hausbesichtigung, ZfV 2009, 533.

E. Historische und Rechtsphilosophische Grundlagen

Recht ist allgemein – so wie alle gesellschaftlichen Bereiche – auch ein geschichtliches Phänomen, es ist historisch gewachsen, hat sich, zeitlich betrachtet, immer wieder verändert und weiterentwickelt. Die Entwicklung des Privatrechts im speziellen verlief dabei eng mit der wirtschaftsgeschichtlichen Entwicklung, die meist auch von bestimmten politischen oder weltanschaulichen Grundeinstellungen getragen wurde. Das gilt ebenso für die Bedeutung, die dem zwingenden Recht zuteilwurde, weil so unter anderem auch ein bestimmtes Ausmaß an Vertragsfreiheit zugelassen, gefördert oder unterbunden werden konnte.

Es wird oft, wenn von Privatautonomie oder einem Teilaspekt die Rede ist, auf rechtsgeschichtliche Grundlagen verwiesen. Die römischrechtlichen Grundsätze und das naturrechtliche Fundament des ABGB müssen oft zur Unterfütterung, auch von aktuellen Themen, herhalten. Hier möchte ich diese historischen und philosophischen Fundamente kurz beleuchten. Wobei vorangestellt werden soll, dass im Folgenden keine detaillierte Auseinandersetzung mit rechtsgeschichtlichen Quellen erfolgt. Zweck der kurzen Darstellung ist vielmehr, den historischen Hinweisen und den Argumenten, welche sich oft in der aktuellen Literatur finden, nachzugehen, Gemeinsamkeiten und Widersprüche sowie Hintergründe, aufzuzeigen.

1. Die Gegenwart als Ausgangspunkt

Gegenwärtig wird die Dichte an zwingenden Normen als hoch empfunden. Besonders stark sieht man das, wenn man auf Rechtsgebiete wie das Arbeitsrecht, das Mietrecht, auf Regelungen zu allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Konsumentenschutzrecht, auf die Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und das Kapitalmarktrecht blickt, die meistens kritisch betrachtet wird.²¹⁰

²¹⁰ Vgl. *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 2.

Zum Vergleich (oder als Gegenstück) möchte ich eingangs eine Stelle aus dem Lehrbuch von *Gschnitzer*²¹¹ stellen, welcher den Geist des ABGB würdigt, indem er sich eines Zitates von *Franz von Zeiller*, bedient:

"Erste Forderung der Gerechtigkeit, dass man durch die bürgerlichen Gesetze die Freiheit der Untergebenen ohne Not nicht beschränke. Der Gesetzgeber sei zwar Vater seiner Untertanen, die Schwächeren vor dem Übermute der Mächtigeren sicherzustellen; aber vollbürtige Kinder dürfen nicht am Gängelbände geführt werden."

Zeiller sieht den Schutz der Freiheit als oberste Priorität für ein gerechtes Gesetz. Diese Freiheit, so wird sich später im Laufe Geschichte des ABGB herausstellen, sollte nicht immer zum Vorteil aller "Untertanen" sein. Damals aber war es Ziel, ein Gesetz zu schaffen, das die Entfaltung des Einzelnen möglich macht, aber auch dem Schwächeren einen gewissen Schutz vor allzu opportunistischem Verhalten des "Mächtigen" zu bietet. Es galt eine bestimmte Grundrichtung vorzugeben. Es scheint aber auch so, dass in der Zeit, in der sich die großen Privatrechtskodifikationen gebildet haben und auch das ABGB entstanden ist, die Regelungsziele dem Umfang nach einfacher, aber auch fundamentaler und damit klarer waren.

Neben der nicht einfachen Ausgangslage, aus den vielen partikulären Rechten ein brauchbares kodifiziertes Privatrecht zu schaffen, sollten Grundprinzipien wie das Prinzip der Vertragsfreiheit umgesetzt werden. Der einzelnen Person wurde dadurch die Möglichkeit gegeben, ihre Freiheit zu verwirklichen.

Angestrebtes Ziel war es, den freien Willen der Parteien zur Geltung zu verhelfen. Dieser freie Wille soll im Privatrecht im Mittelpunkt der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien stehen. Zu Beginn herrschte die Auffassung, dass sich der Staat in die privaten Rechtsgeschäfte seiner Bürger nur ganz minimal mittels Gesetz einmischen soll. Das ist der Grund, warum im ABGB die Regelungen nur ausnahmsweise zwingend formuliert wurden.²¹²

²¹¹ Vgl. *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 10.

²¹² Vgl. *Klein*, Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 10.

Der Wirtschaftsliberalismus war die Errungenschaft, welcher die Zeit prägte.²¹³ Erst im 20. Jhdt. bildeten sich die Sonderprivatrechte, weil dem Privatrecht in weiterer Folge eine stärkere soziale Funktion zugeordnet wurde.²¹⁴

Obwohl die Vertragsfreiheit einen hohen Stellenwert einnahm, wurde dennoch in den Anfängen nicht auf zwingendes Recht im ABGB verzichtet. Die Motive, von denen der Gesetzgeber geleitet wurde, zwingende Regelungen punktuell einzusetzen, können auch für die gegenwärtige Analyse von zwingend ausgestalteten Rechtsvorschriften hilfreich sein. Sie sind von den methodischen und rechtsphilosophischen Fundamenten geprägt, auf denen das ABGB errichtet wurde. Diese stammen aus dem Naturrecht und aus der Logik und Systematik des römischen Rechts, vermengt mit Strömungen aus kanonischem Recht und Teilen von alten, deutschen Partikularrechten, welche sich als praktisch herausgestellt haben.

Ein Meilenstein im Privatrecht war sicher die Verwirklichung von Privatautonomie und Vertragsfreiheit – zumindest aus heutiger Sicht, denn im 19. Jahrhundert wurde über die Vertragsfreiheit kaum juristisch diskutiert.²¹⁵ Es war eine gesellschaftliche und politische Vorgabe, die umgesetzt wurde. Im Laufe der Zeit scheint aber die Privatautonomie "löchrig" geworden zu sein. Sie wurde mehr und mehr durch zwingende Normen in ein Korsett gezwängt. So könnte man es zumindest sehen, würde man durch die Brille der damaligen Vertreter der liberalen Sichtweise, auf das heutige Privatrecht blicken.

Der liberalen Sichtweise stand die Sichtweise des *Otto von Gierke* gegenüber. Er forderte "einen Tropfen sozialen Öls" für das Privatrecht ein.²¹⁶ *Gierkes* Kritik, welche er in seinem Vortrag von 1889 äußerte, bezog sich auf den ersten Entwurf des BGB. Die soziale Situation von damals, ist mit der von heute nur schwer vergleichbar.

²¹³ Vgl *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁵, 198.

²¹⁴ Vgl *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁵, 17.

²¹⁵ *Abegg*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, 33.

²¹⁶ *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 10 ff, Vortrag vom 5.4.1889, Nachdruck 1948.

Dieses Öl sei heute mittlerweile schon ausreichend vorhanden und das wird in der gegenwärtigen Diskussion zu zwingendem Recht oft angemerkt.²¹⁷

2. Der Stellenwert von zwingendem Recht geschichtlich betrachtet

Die Darstellung von zwingendem Privatrecht in der Lehre soll vom römischen Recht ausgehend über den Beginn der Privatrechtskodifikationen bis in die Gegenwart hier überblicksmäßig dargestellt werden. Zuerst widme ich mich der Frage, ob Privatautonomie auf römisch-rechtliche Wurzeln zurückzuführen ist und ob zwingendes und dispositives Recht, im Sinne der heutigen Terminologie, bekannt war. Dann möchte ich zeigen, welchen Stellenwert die Privatautonomie und die Lehre vom zwingenden Recht, in der jüngeren Zeit des ABGB hatte.

a. Zwingendes Recht im Römischen Privatrecht

In der aktuellen Literatur lassen sich zum Themenkreis zwingende Vorschriften im römischen Recht (im Zusammenhang mit Vertragsfreiheit und Privatautonomie) oft nur widersprüchliche Aussagen finden. Jedenfalls ziehen Autoren gerne auch für ihre Argumentation das römische Recht heran. Die Bandbreite der Aussagen ist dabei relativ weit und geht von Aussagen, dass römische Juristen als Erfinder von Privatautonomie und Vertragsfreiheit gelten, bis hin zu Meinungen, dass den römischen Juristen diese Institutionen gänzlich unbekannt waren und sie diese bloß unreflektiert angewendeten haben.²¹⁸ Je nachdem für welche Idee historische Unterstützung benötigt wird.

Allgemeine Aussagen des römischen Rechts zu einem speziellen Thema zu finden, ist schwer möglich und nicht immer sehr sinnvoll. Das klassische römische Recht ist mit dem rezipierten (ev. durch die historische Rechtsschule geprägte) römische Recht nicht vergleichbar. Es wurde bis heute relativ frei und selektiv rezipiert. Geht man zurück zu den Quellen, den Digesten, wäre der

²¹⁷ Vgl. *Bruns*, Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status, JZ 2007, 386; *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?: privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, 148; *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 19.

²¹⁸ *Baldus*, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 2.

Erkenntnisgewinn ein Bescheidener, weil man nur das Endergebnis eines Rechtstextes sieht, ohne die Entstehungsgeschichte oder das sozial ökonomische Umfeld zu kennen. *Baldus* bedient sich dabei eines schönen bildhaften Vergleiches aus der Küche:

"In den Digesten (533 n. Chr.) steht, konzentriert, komprimiert und behandelt, die letzte Textstufe: sozusagen der Brühwürfel, nicht die Suppe. Wir kennen zumeist aber nur diesen letzten Zustand. Wollen wir die Suppe haben, müssen wir den Brühwürfel in heißes Wasser werfen – so gut wir denn auf antikes Wasser zugreifen und es hinreichend erhitzen können."²¹⁹

i Grundsätzliche Relevanz

Es scheint grundsätzlich sinnvoll zu sein, für aktuelle rechtliche Fragestellungen, auch Grundsätze aus dem römischen Rechtsdenken, an zu führen, weil das Zivilrecht auf dem römischen Privatrecht beruht.

Die Römer haben damit begonnen, das Phänomen Recht, nach logisch-systematischen Gesichtspunkten zu analysieren. Diese römischen Wurzeln zeigen sich auch noch im Aufbau des ABGB, das dem Institutionen-Schema des *Gaius* folgt. Die antik wirkende römisch-rechtliche Realvertragskonstruktion, die zwar mit dem Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz²²⁰ wieder ein Stück verdrängt wurde, lebt immer noch im ABGB weiter; so bspw im Verwahrungsvertrag.²²¹ Ferner waren die wichtigsten Compiler des ABGB Professoren für römisches Recht.²²²

Die römisch rechtlichen Anteile im ABGB hätten sogar noch mehr Gewicht bekommen können. Ein kaiserliches Schreiben an die Compileratenkommission, welches eine Richtschnur vorgibt und in dem unter anderem mitgeteilt wird, dass man die Bindung an das römische Recht nicht aufrechterhalten solle, hat dies wahrscheinlich verhindert.²²³

²¹⁹ *Baldus*, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 21.

²²⁰ BGBl I 28/2009 vom 20. Mai 2010.

²²¹ *Karner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 § 957 Rz 1.

²²² Vgl *Kodek*, 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – das ABGB im Wandel der Zeit, 2011, 491.

²²³ Vgl *Ritter von Harrasowsky*, Geschichte der Codifikation des österreichischen Civilrechts, 129.

Manchmal wird ohne genauere Darlegung davon ausgegangen, dass die römisch-rechtliche Zivilrechtsordnung auf der Privatautonomie beruht.²²⁴ Dies erweckt den Anschein, dass zwingendes Recht und die Einschränkungen der Vertragsfreiheit nicht im Sinne der "Erfinder" wären und aus diesem Grund abzulehnen sind.

ii *Zum Begriff ius cogens*

Der Begriff *ius cogens*, in der Bedeutung für das heutige zwingende Recht, scheint auf dem ersten Blick aus dem römischen Recht zu kommen.

Eine systematische Einteilung des Rechts in Privatrecht (*ius privatum*) und öffentliches Recht (*ius publicum*) hat erstmals der spätklassische, römische Jurist *Ulpian* begonnen.²²⁵ Ist im römischen Recht von *ius publicum* die Rede, dann meint man nicht das öffentliche Recht im modernen Sinn, sondern jener Teil des Privatrechts, der im Interesse der Gemeinschaft zwingende Vorschriften enthält. Diese Bedeutung findet man bis hinein in die Gegenwart der Privatrechtskodifikationen.²²⁶

Ius publicum enthält daher unser heutiges zwingendes Schuldvertragsrecht, das wiederum dem Begriff des "unrömischen" *ius cogens* entspricht.²²⁷ Ein System, das durchgehend diese Einteilung beibehält, findet man im Römischen Recht noch nicht.²²⁸ Der Begriff des *ius cogens* kommt also nicht aus dem klassischen römischen Recht, es gab ihn in der Antike nicht.

²²⁴ Wie bspw. *Röthel*, Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010), 33.

²²⁵ Vgl. *Hausmanninger/Selb*, Römisches Privatrecht, 30.

²²⁶ Vgl. *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 54.

²²⁷ Vgl. *Abbeg*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, 37.

²²⁸ Vgl. *Kaser*, Das römische Privatrecht, Bd I, 197.

iii *Privatautonomie im Römischen Recht*

Das logisch rationale System der römischen Juristen sah im Vertrag einen wesentlichen Grundbaustein allen rechtlichen Denkens. So wurde beispielsweise sogar die Sklaverei mit einem Vertrag gerechtfertigt, den es zwischen "Sieger" und "Besiegtem" geben sollte. Bei diesem römischen Vertragsmodell gab es eine Übereinkunft: Der Sklave leistet Dienste, sein Herr lässt ihn im Gegenzug am Leben. Diese logische Herangehensweise ist zumindest eine Weiterentwicklung, die sich von den antiken Griechen unterscheidet, welche die Sklaverei von der rassischen und intellektuellen Unterlegenheit des Sklaven herleitet. Das römische Modell zeigt damit aber auch die wichtige Bedeutung des Vertrages auf.²²⁹

An diesem Beispiel ist zu sehen, dass die Anerkennung von Verträgen nicht unbedingt die Freiheit beinhaltet, seine rechtlichen Verhältnisse selber zu regeln. Das römische Recht gab dem Vertrag viel Raum. Trotzdem sollte man die römischen Juristen nicht zu den Erfindern der Privatautonomie machen, auch wenn einige, sprichwörtlich gewordene, Aussagen darauf hindeuten mögen und gerne verwendet werden, wie zB D. 42,8,24 *ius civile scriptum est vigilantibus* (Das Recht ist für die Wachsamkeit geschrieben); man sollte nicht Gefahr laufen, in derartigen Rechtssprüchwörtern, allgemeine Prinzipien zu sehen.²³⁰

Irgendeine Form der Privatautonomie gibt und gab es immer und in jeder Rechtsordnung, Einschränkungen aber ebenso. Ob im antiken Rom die Privatautonomie besonders ausgeprägt gelebt wurde, kann man nur sagen, wenn man die sozialen und ökonomischen Gegebenheiten berücksichtigt. Das Wirtschaftssystem zur Zeit Roms war keine Marktwirtschaft wie wir sie kennen. Es war vielmehr ein zentralistisches Wirtschaftssystem, dem die Intension fehlte, schützenswerte Personengruppen durch zwingendes Recht vor mächtigeren Marktteilnehmer zu schützen. Die Mitglieder der vermögenden Oberschicht

²²⁹ Sumner, Das alte Recht „Ancient Law“, 18.

²³⁰ Vgl. Baldus, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 3.

waren die Normadressaten. Diese wussten mit Geld umzugehen und standen sich auf gleicher Ebene gegenüber.²³¹

Das Wirtschaftssystem entsprach dem sogenannten Oikos.²³² Im Oikos bildeten Hausangestellte, Sklaven und ausgelagerte Betriebe ein in sich geschlossenes System, welches praktisch nur für die Bedarfsdeckung des Hausherrn sorgte. Die Veräußerung von produzierten Überschüssen bzw. der auswärtige Erwerb von Wirtschaftsgütern war eher die Ausnahme.

Ein Bereich wo die grundsätzliche Einstellung der Römer zur Vertragsfreiheit noch erkennbar ist, stellt das Erbrecht dar. Hier finden sich bereits sehr frühe Hinweise in römisch-rechtlichen Quellen, die die letztwillige Verfügungsmöglichkeit des Erblassers enthalten. *Scherrer* hat festgestellt, dass nach den Zwölftafelgesetzen, eine letztwillige Verfügung des Erblassers gelten soll und nur in Ausnahmefällen gesetzliches Erbrecht gilt. Er meint darin die erste gesetzliche Anerkennung der Vertragsfreiheit erkannt zu haben.²³³

iv *Das zwingende Vertragskorsett im römischen Recht*

Nur wenige Wirtschaftsgüter wurden über den freien Markt gehandelt. Die Inhaltsfreiheit war dadurch a priori schon eingeeengt. Im ohnehin kleinen Bereich, engten zwingende Bestimmungen in der Art von Typen- und Formzwang, die Möglichkeit der Vertragsgestaltung noch weiter ein.

Die Verträge steckten im frühen römischen Recht in einem engen Korsett, das erst später gelockert worden ist. Wollte man einen einfachen Konsensualvertrag abschließen, so musste man sich bestimmter vorgegebener Vertragstypen bedienen: *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum* und *societas*. Nur für diese Verträge gab es eine *actio*. Dementsprechend wurden auch nur Vereinbarungen als Vertrag (*contractus*) anerkannt, für die es auch eine *actio* gab. Erst später wurden Mischformen, die zumindest Elemente der

²³¹ Vgl. *Abegg*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts, 38; *Baldus*, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 12.

²³² Vgl. *Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft⁵, 230.

²³³ *Scherrer*, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, 52.

verschiedenen Vertragstypen enthielten, anerkannt (sogenannte Innominatkontrakte).²³⁴

v *Laesio enormis*

Neben den allgemeinen Einschränkungen beim Vertragsabschluss, gab es durchaus auch schon inhaltliche Vorgaben, unabhängig vom Vertragstypus. Die *laesio enormis* ist ein bekanntes Beispiel, welche aber nicht dem "klassischen" römischen Recht entstammt. Im frühen, klassischen römischen Recht war der Kaufpreis der freien Vereinbarung überlassen.²³⁵ Erst in später Zeit hielt bei den römischen Juristen der Gedanke der antiken Sozialphilosophie Einzug, dass es einen gerechten Preis gibt, von dem nur bis zu einem bestimmten Maß abgewichen werden dürfe.²³⁶ Generell praktizieren die römischen Juristen die Privatautonomie, jedoch nicht unbeschränkt und leider sprechen sie über Prinzipien und ihre Grenzen kaum in theoretischer Form. Überliefert sind Fälle und deren Entscheidungen mit wenig theoretischen Beiwerk.²³⁷

b. Zwingendes Privatrecht in den Lehrbüchern historisch betrachtet

Eine grundlegende Auseinandersetzung mit zwingendem Recht findet in Lehrbüchern zum Privatrecht oft gar nicht statt. Dies wurde von den meisten Autoren gemieden. Die Aussage, wonach die Lehre vom zwingenden Recht – sofern man überhaupt davon sprechen kann – nicht im allerbesten Zustand sei, ist daher berechtigt.²³⁸ Es wird praktisch nur die bloße Tatsache, dass Rechtsvorschriften zwingend oder dispositiv sein können, erwähnt. Die Lehrbücher beschränken sich dabei auf eine rein funktionelle Darstellung, also wie zwingendes bzw. dispositives Recht wirkt.

Für *Wagner*²³⁹ fallen historische Gründe ins Gewicht, wenn manche Autoren sich nur für die technische Wirkungsweise von Normen interessieren. Es ist auch ein Zeichen verschiedener methodischer Herangehensweisen. Die

²³⁴ Vgl. *Hausmanninger/Selb*, Römisches Privatrecht, 229.

²³⁵ Vgl. *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte¹⁰, 66.

²³⁶ Vgl. *Hausmanninger/Selb*, Römisches Privatrecht, 230.

²³⁷ *Baldus*, Römische Privatautonomie, AcP 210, 7.

²³⁸ *Wagner*, Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZEuP 2010, 250; vgl. auch schon *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch, 255.

²³⁹ *Wagner*, Zwingendes Privatrecht, ZEuP 2010, 250.

Beschreibung von Logik und Technik hat sich freilich die Begriffsjurisprudenz zuzuschreiben. Will man jedoch einen Schritt weitergehen und sieht die juristische Arbeit auch unter einem volkswirtschaftlichen, ethischen oder rechtspolitischen Aspekt, wird man sich mit reinen Definitionen nicht abgeben können.

*Gierke*²⁴⁰ beschreibt 1895 in seinem Lehrbuch zum deutschen Privatrecht, dass eine Norm entweder zwingend oder nachgiebig (vermittelnd, dispositiv) sein kann. Im Vergleich zu modernen Lehrbüchern²⁴¹, die Funktionen des dispositiven Rechts beschreiben (es ergänzt, hilft bei der Auslegung und indiziert Richtigkeitsgewähr), unterteilt *Gierke* das dispositive Recht noch in weitere Unterarten. In das Recht, das durch einen besonderen Willen abgeändert werden kann und in das, den Willensinhalt auslegende Recht. Wie sich zwingendes und dispositives Recht zueinander verhält (was ist die Regel, was ist die Ausnahme) und welche Zwecke es verfolgt, dazu bezieht *Gierke* nicht Stellung.

*Wolff*²⁴² stellt unter dem Kapitel "Arten des Rechts im objektiven Sinn" das Begriffspaar zwingendes und dispositives Recht dar und widmet sich dabei größtenteils dem dispositiven Recht: "Dabei kann sich der Mensch aussuchen ob er es beachten will oder nicht". Er teilt es in erlaubende, ergänzende und in auslegende Vorschriften ein und führt als typisches Beispiel für ergänzendes Recht, die Gewährleistung an. Zum zwingenden Recht findet sich nur der Hinweis, dass es verbietende und gebietende Rechtsätze enthält, deren Rechtsfolgen durch die Parteien unveränderbar sind.

Das zeitlich noch vor dem Lehrbuch von *Gierke* entstandene Werk von *Unger*²⁴³, zum System des allgemeinen österreichischen Privatrechts, bildet zwingendes Recht wohl treffender ab. Auch hier findet man die üblichen Beschreibungen zur Wirkungsweise. Es werden aber auch Gründe angeführt, die als Rechtfertigung für zwingende Normen verstanden werden könnten. *Unger* sieht dazu mindestens fünf Gründe: Erstens "die Rücksicht auf das Allgemeine

²⁴⁰ *Gierke*, Deutsches Privatrecht, 124.

²⁴¹ Vgl. *Krejci*, Privatrecht⁷, Rz 22; *P. Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts⁸, Rz 32; *Perner* in *Welser*, Fachwörterbuch, 421.

²⁴² *Wolff*, Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts, 3.

²⁴³ *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 53.

und Ganze", zweitens "den Schutz der Rechte" (welche damit gemeint sind, bleibt offen), drittens "die gehörige Sicherung der individuellen Freiheit", viertens "die Wahrung der Sittlichkeit und der Würde der Religion", und fünftens "das Wohl einzelner Klassen von Personen"²⁴⁴.

*Swoboda*²⁴⁵ zeigt in seinem Lehrbuch, dass zwingende Rechtsvorschriften, bedingt durch die nationalsozialistische Rechtsauffassung, eine bedeutende Erweiterung erfahren haben: "Das Wohl der Volksgemeinschaft ist der unbedingte Vorrang vor dem Wohl des Einzelnen einzuräumen". Eine derartige Rechtsauffassung füge sich harmonisch in den Aufbau des ABGB hinein. Dabei wird als Beispiel die nachbarschaftsrechtliche Bestimmung des § 364 ABGB angeführt.

Auch *Ehrenzweig*²⁴⁶ beschäftigt sich in seiner Darstellung weniger mit den Motiven, die zu zwingendem Recht führen. Jedoch werden die Vorzüge herausgestrichen, die das nachgiebige Recht gegenüber dem zwingenden Recht hat: "Es erleichtert den Geschäftsverkehr, indem es das gewöhnlich Erwünschte zu (nachgiebigen) Gesetz erhebt." Als typisches Beispiel hierfür weist er auch auf die Regelungen zur Gewährleistung hin. Umgekehrt können Klauseln, die an sich öfter verwendet werden, von Seiten des Gesetzgebers durch Nichtaufnahme im Gesetz gewissermaßen "behindert" werden – ohne gleich ein zwingendes Verbot zu erlassen. Den Parteien ist eine Vereinbarung dann zwar gültig erlaubt, sie müssen dies aber selber vertraglich festlegen (zB Eigentumsvorbehalt).

Eine der wenigen Arbeiten, die sich speziell mit zwingendem Recht auseinandersetzt, ist die Monographie, von *Ehrlich*.²⁴⁷ Sie ist aber mE aus heutiger Sicht betrachtet weniger hilfreich. Wie der Autor im Vorwort schon schreibt, geht er dabei von der Grundannahme aus, dass die Natur eines Rechtssatzes sich nicht nach der Absicht des Gesetzgebers, sondern nach dem gesetzepolitischen Charakter des Rechtsinstituts an sich richtet. Gemäß der programmatischen Einleitung will die Arbeit die Frage nach der Widerstandskraft des Rechtssatzes gegenüber dem Parteiwillen behandeln. Zwingend und

²⁴⁴ *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 54.

²⁴⁵ *Swoboda*, Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 1944, 34.

²⁴⁶ *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. 1, 1951, 67.

²⁴⁷ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch, 1899.

dispositiv, seien in diesem Zusammenhang, keine allgemeinen Eigenschaften von Rechtsnormen, sondern beschreiben bloß das Verhältnis eines Rechtssatzes zum Rechtsgeschäft; dispositives Recht suppliert den unbestimmten oder unausgesprochenen Willen der Parteien. Daraus wird hergeleitet, dass es sich bei zwingend und dispositiv um keinen Gegensatz, sondern um eine bloße Einteilung von Rechtsätzen handle, die das Recht der Rechtsgeschäfte regelt.²⁴⁸ Die Behandlung der Dichotomie zwingendes-dispositives Recht ist daher besser unter der Überschrift der Rechtsgeschäftslehre untergebracht, als im allgemeinen Teil. So beruhe die Annahme, zwingend oder dispositiv sei eine allgemeine Eigenschaft aller Rechtssätze, auf einer Verwechslung mit der Frage nach der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte im Allgemeinen. Darauf folgt, dass es sich um ein Problem handelt, welches vordergründig im Zusammenhang mit der Rechtsgeschäftslehre zu behandeln sei.²⁴⁹

Dieser letzte Gedankengang von *Ehrlich* wird in aktuellen Lehrbüchern insofern übernommen, da zwingendes Recht nicht mehr nur als reine technische Eigenschaft einer Norm begriffen wird, sondern auch als Aspekt verstanden wird, welcher im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre behandelt wird.

F. Bydlinski fragt in diesem Zusammenhang, wie die immer zahlreicher werdenden zwingenden Bestimmungen des Privatrechts, in die durch Privatautonomie geprägte Rechtsgeschäftslehre passen, können. Der Vertrag erhält seine Anerkennung durch den Rechtsfolgewillen der Parteien. Nicht immer ist diesem Rechtsfolgewillen dasselbe Gewicht zu geben. Das Gesetz verweigert dem Willen die rechtsgeschäftliche Gültigkeit, wenn er in einem höheren Grade gestört gebildet wurde. Der äußerste Fall ist dabei das Fehlen der Geschäftsfähigkeit. Man nimmt dabei auf die Umstände der psychischen Sphäre des Verpflichteten Rücksicht, die bei Umständen geringeren Grades den Rechtsfolgewillen stark herabmindern sollen. Seiner Ansicht nach ginge es zu

²⁴⁸ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch, 2.

²⁴⁹ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch, 255.

weit, dass daraus eine Durchbrechung der Vertragsbindung entstehen würde, wie es der damalige Vorläufer des KSchG, nämlich § 4 RatenG²⁵⁰ vorsah.²⁵¹

Neben den psychologischen Aspekten, die zu einer Abschwächung der allgemeinen Richtigkeitsgewähr von Willenserklärung führen, sind es Gründe, die auf Gegebenheiten des Marktes, zurückzuführen sind. Dabei soll ein Machtgefälle alleine noch nicht reichen, um zwingendes Recht zu rechtfertigen. Nur wo das Machtgefälle auch nicht durch den Markt ausgeglichen werden kann, weil dieser in seiner Funktion versagt, müssen Institute des zwingenden Rechts diesen Ausgleich leisten.²⁵²

F. Bydlinski zeigt mit den psychologischen Sphären und mit dem Versagen der Marktfunktionen zwei interessante Aspekte in Bezug auf zwingendes Recht auf, mit denen ich mich in den folgenden Teilen beschäftigen werde.

²⁵⁰ BGBl. Nr. 279/1961.

²⁵¹ *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 169.

²⁵² *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 171.

II. ZWINGENDES RECHT AUS RECHTSÖKONOMISCHER SICHT

Die mit zwingendem Recht einhergehende Einschränkung der Privatautonomie wird oft und gerne unter Zuhilfenahme wirtschaftlicher Argumente diskutiert. Ohne Privatautonomie gäbe es auch kein marktwirtschaftliches System und so ist es nachvollziehbar, dass Einschränkungen der Privatautonomie gleichzeitig als Anschlag auf die freie Marktwirtschaft gesehen werden. Das ist aber nicht immer richtig. Sowohl Kritiker, die jede Einschränkung der Privatautonomie tunlichst vermeiden wollen, als auch Stimmen, welche die Privatautonomie – in Relation zu anderen Prinzipien – weniger zentral sehen, bedienen sich gerne der Argumente, die nicht immer aus der traditionellen Rechtsdogmatik kommen. Es wird versucht mit "wirtschaftlichen" Rechtfertigungen zu argumentieren; beispielsweise im Zusammenhang mit der Einschränkung der Vertragsfreiheit durch einen Kontrahierungszwang.²⁵³

Hier dient die zwingende Sittenwidrigkeitsbestimmung des § 879 ABGB als Aufhänger eines allgemeinen Kontrahierungszwangs; gerechtfertigt wird die Einschränkung der Vertragsfreiheit, im Falle der Ausnutzung einer vorhandenen Monopolstellung bei faktischer (wirtschaftlicher) Übermacht.²⁵⁴ Der Kontrahierungszwang gilt als gerechtfertigt, weil es ohne diesen, durch die Monopolstellung, zu einem sogenannten Marktversagen²⁵⁵ kommen würde. Ein funktionierender Markt, so heißt es, stellt jedoch eine wesentliche Funktionsvoraussetzung für die Privatautonomie dar.²⁵⁶ Der Kontrahierungszwang soll somit dem Schutz der Privatautonomie dienen und sie nicht beschränken. *Medicus* sieht als Grund für die Einschränkung der Privatautonomie, die veränderten wirtschaftlichen Machtlagen²⁵⁷ und auch für *Bydlinski* spielt der Markt und seine Funktionen, für die Rechtfertigung von zwingendem Recht, eine wichtige Rolle.²⁵⁸

²⁵³ Allg. zur Abschlussfreiheit siehe I.D.2.a.

²⁵⁴ *Rummel* ABGB § 879 RZ 83.

²⁵⁵ Zum Begriff des Marktversagens siehe II.B.4.

²⁵⁶ *Graf* ABGB online § 879 RZ 175.

²⁵⁷ *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht, 16.

²⁵⁸ Siehe FN 252.

Werden der zwingende Charakter und die oft damit einhergehende Einschränkung der Privatautonomie kritisiert, bedient man sich gerne auch ökonomischer Argumente. So könne zwingendes Recht, wenn es "falsch" eingesetzt wird, zum befürchteten Marktversagen führen, was zu verhindern ist. Angelpunkt ist also der Begriff des Marktversagens. Unabhängig davon, ob echtes Marktversagen gemeint ist oder etwas, das nur fälschlicherweise so bezeichnet wird. Für eine Auseinandersetzung in der es um die Privatautonomie und dem Verhältnis zwischen zwingendem und dispositivem Recht geht, kann auf die ökonomische Ebene sicher nicht verzichtet werden.

Jedoch sollte dafür nicht bloß eine allgemeine "wirtschaftliche Betrachtungsweise" gewählt werden. Anbieten würde sich in diesem Zusammenhang die Methoden aus der Rechtsökonomie, welche auf wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen basiert. Hier ist es zweckmäßig, in einem ersten Schritt dieses sogenannte Marktversagen zu behandeln und die Möglichkeiten aufzuzeigen, die das Privatrecht hat, um richtig darauf zu reagieren.

Die Rechtsökonomie kann hier auch zu einer Versachlichung der Debatte beitragen, wenn es darum geht, wo eine Norm zwingend oder dispositiv ausgestaltet werden soll. Sonst läuft man Gefahr sich in allgemeine wirtschaftspolitische Überlegungen oder Wertungen zu verlieren; beispielsweise wenn allgemein von der Überlegenheit des marktwirtschaftlichen Systems gesprochen wird.²⁵⁹

Privatautonomie ist jedoch keine Erfindung der freien Marktwirtschaft. Selbst in den Zivilrechtssystemen der ehemaligen planwirtschaftlich organisierten Staaten im Osten Europas, gab es ein gewisses Mindestmaß an Privatautonomie, auch wenn ihr enge Grenzen gesetzt wurden und vorwiegend öffentlich-rechtliche Regelungstechniken zur Anwendung gekommen sind.²⁶⁰

Privatautonomie ist praktisch immer und in jeder Form von Gesellschaft und somit in jeder Rechtsordnung existent. Nur über das Ausmaß und ihre Grenzen – diese gibt es nämlich auch in jeder Rechtsordnung – kann und muss sachlich

²⁵⁹ *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht, 16.

²⁶⁰ *Brunner*, Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik, 18.

diskutiert werden. Den ökonomischen Standpunkt bei der Analyse des zwingenden Rechts und der Einschränkung der Privatautonomie einzubeziehen, ist schon aus Gründen einer gewissen Vollständigkeit, notwendig. Die wirtschaftswissenschaftlichen Modelle können dabei einen wichtigen ergänzenden Beitrag leisten, um zwingendes Recht aus einer anderen, nicht unbedingt juristisch-dogmatischen, aber dennoch objektiven Sicht zu analysieren.

Bei der Rechtsökonomie handelt es sich um ein fächerübergreifendes Forschungsgebiet, welches sich mit der Frage der Wirksamkeit von Gesetzen nach ökonomischen Maßstäben beschäftigt. Ökonomische Methoden werden dabei für die Untersuchung von Rechtsnormen angewandt. Diese Vorgehensweise entspricht nicht der traditionellen Rechtsdogmatik.

In der ökonomischen Analyse werden externe, daher nicht juristische Kriterien herangezogen. Sie betont, dass das Recht keinen Selbstzweck erfüllt, sondern zur Regelung der gesellschaftlichen Verhältnisse beiträgt.²⁶¹

Mit der ökonomischen Analyse können vor allem jene nichts anfangen, welche einem strengen Rechtspositivismus folgen. Dabei haften sie am Wortlaut des Gesetzes, sie argumentieren nur aus dem Gesetz heraus und lehnen prinzipiell Argumente ab, die außerhalb der Rechtswissenschaften stehen. Es ist die Tradition der Selbstreferenz des rechtlichen Diskurses, bei der rechtliche Argumente aus dem bestehenden Recht für Auslegung und Lückenfüllung herangezogen werden.²⁶² So wollte *Kelsen* die Rechtswissenschaft von allen fremden Elementen befreien und nannte dabei die Psychologie, die Soziologie, die Ethik und die politische Theorie.²⁶³

Der klare Vorteil, welcher sich bei der Anwendung der Rechtsökonomie ergibt ist, dass sie sich nicht in allgemeinen wirtschaftspolitischen Erwägungen verliert, sondern Kriterien anwendet, welche sie idealerweise auch offenlegt.²⁶⁴

²⁶¹ Vgl. *Gelter/Grechenig*, Juristischer Diskurs und Rechtsökonomie, JRP 15 (2007), 32.

²⁶² *Gelter/Grechenig*, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, *RabelsZ* 2008, 544.

²⁶³ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1.

²⁶⁴ *Gelter/Grechenig*, Juristischer Diskurs und Rechtsökonomie, JRP 15 (2007), 34.

Dabei ist natürlich auch darauf hinzuweisen, dass die Rechtsökonomie vielfach kritisch gesehen wird. Angelpunkt der Kritik ist vor allem, dass die Rechtsökonomie oft nur die wirtschaftliche Effizienz vor Augen hat, die Rechtsordnung aber auch sogenannte immaterielle Werte berücksichtigen würde.²⁶⁵

A. Rechtsökonomische Grundlagen

Im Folgenden beschreibe ich, was die Rechtsökonomie ist, ihre Entstehungsgeschichte und Arbeitsweise. Anschließend stelle ich die, für den Untersuchungsgegenstand des zwingenden Rechts relevanten rechtsökonomischen Ideen dar.

1. Die "wirtschaftliche" Betrachtungsweise

Wie oben schon dargestellt, beziehen sich Stimmen in der Literatur, die zwingendes Recht eher kritisch sehen, argumentativ oft auf wirtschaftliche Positionen. Es sind dies, die von manchen Juristen sogenannten "wirtschaftliche Betrachtungsweisen", die aber nicht unbedingt einer rechtsökonomischen Methode folgen.²⁶⁶

Meistens ist nicht klar, was mit diesen wirtschaftlichen Betrachtungsweisen gemeint ist. *H. Torggler* hat leicht zynisch festgestellt, nach dem er vergeblich nach einer Definition der Methode der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gesucht hat, dass es sich bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wohl um ein unterschätztes und verkanntes Rechtsinstitut handeln muss, um einen Geheimtipp moderner Rechtsanwendung.²⁶⁷ Er hat zwar keine Definition gefunden, hat aber Gruppen gebildet, welche die Anwendungsbereiche des Begriffes zeigen. Im Wesentlichen ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise für ihn ein Unterfall der teleologischen Auslegung, die sich aus dem allgemeinen Sprachgebrauch und speziellen privatrechtlichen Wirtschaftsbegriffen ergibt.²⁶⁸

²⁶⁵ *F. Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 283.

²⁶⁶ *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 8.

²⁶⁷ *H. Torggler*, Zur Bedeutung der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" im Zivilrecht, ÖZW 1986/, 100.

²⁶⁸ *H. Torggler*, Zur Bedeutung der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" im Zivilrecht, ÖZW 1986/ 103.

Mit einer rechtsökonomischen Analyse haben aber diese Begriffserklärungsversuche der wirtschaftlichen Betrachtungsweise immer noch nicht viel gemeinsam. Hier möchte ich allerdings jene Ideen aufzeigen, welche aus dem Bereich der Rechtsökonomie stammen und für eine Untersuchung des zwingenden Rechts am besten geeignet sind.

2. Was ist Rechtsökonomie?

Bei der ökonomischen Analyse des Rechts treffen zwei Disziplinen aufeinander, die zwar manchmal im Anlassfall (bei einem zu beurteilenden "Sachverhalt") Schnittmengen bilden können, aber trotzdem verschiedene Wege gehen. Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft haben kein gemeinsames wissenschaftliches Thema.²⁶⁹

Für beide Teildisziplinen²⁷⁰ eine allgemein gültige Definition zu finden, ist nicht gerade einfach. Die Frage, was Recht ist, kann in der juristischen Erörterung genauso kontrovers diskutiert werden, wie eben die Frage, was den der Untersuchungsgegenstand der Ökonomie, in den Wirtschaftswissenschaften ist. Bei der Beantwortung der Frage des jeweils namensgebenden Untersuchungsgegenstandes, Recht bzw Ökonomie, sind beide Disziplinen sehr ähnlich.²⁷¹

Für das Recht gibt es im Wesentlichen zwei Ansätze: Der eine, ist der rechtspositivistische Ansatz²⁷², welcher sich auf formale Kriterien der Normerzeugung beruft. Der andere, der naturrechtliche Ansatz, sieht das Recht in einer empirisch (nicht moralisch) zu ermittelnden "Natur" des Menschen.²⁷³ Dazwischen ist viel Platz.²⁷⁴

²⁶⁹ Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 8.

²⁷⁰ Was die Ökonomie betrifft, so ist dabei vor allem die Volkswirtschaftslehre als Sozialwissenschaft gemeint.

²⁷¹ Noll, Rechtsökonomie, 30.

²⁷² Kelsen, Reine Rechtslehre, 31ff.

²⁷³ Vgl Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart⁸, 48.

²⁷⁴ Einen Weg zwischen Naturrecht und Positivismus hat Gustav Radbruch aufgezeigt; einen Mittelweg zu finden ist dabei wohl das Thema der heutigen Rechtsphilosophie Vgl Kaufmann/Hassemer/Neumann, 89 ff.

Dasselbe gilt auch für die Volkswirtschaftslehre. Bei der Suche nach ihrer eigenen Definition, findet man Erklärungen, die in "defätistische" Definitionen wie "*economics is what economists do*"²⁷⁵, münden können. Für *Streissler* ist es Aufgabe der Ökonomie die wirtschaftlichen Entscheidungen natürlicher und juristischer Personen zu untersuchen²⁷⁶. Was sind jetzt wirtschaftliche Entscheidungen? Dafür kommen für ihn nun gleich drei mögliche Definitionen in Betracht. Die erste Definition lautet: Wirtschaftliche Entscheidungen sind solche, deren Ergebnis in Geld bewertbar ist – diese Erklärung ist *A. C. Pigou* nachempfunden²⁷⁷. In der zweiten Definition findet sich folgendes: Wirtschaftliche Entscheidungen sind solche, welche wohlfstandsrelevant sind – diese ist an *A. Smiths* Hauptwerk "Der Wohlstand der Nationen" angelehnt.²⁷⁸

Die dritte Definition, welche Ökonomie, als einen Prozess zur Verfolgung von Zielen mit knappen Mitteln sieht, ist auch jene, die sich mE wohl aus der Umgangssprache ergeben würde. Sie stammt aus der Zeit, in der sich die Ökonomie von säkularen Einflüssen befreit (um 1700) und den Menschen als von Natur aus vernunftbegabtes Wesen gesehen hat.

Aus der dritten Definition leitet sich die Begriffsbestimmung der Ökonomie ab: Ökonomie beschreibt Prozesse, in denen Ziele mit knappen Mitteln verfolgt werden.²⁷⁹

Auch *Noll*²⁸⁰ geht davon aus, dass die grundlegendste Verhaltensannahme der Ökonomie besagt, dass Wirtschaftssubjekte ihre Ziele in der Regel durch die Wahl der besten Handlungsalternativen (mit welchen man aus den gegebenen Mitteln stets das beste Ergebnis erzielt) erreichen wollen.

Ausgehend von diesen Erklärungen werden Modelle entwickelt, die menschliches Verhalten beschreiben. Diese Modelle können dann auch dazu dienen, bestimmte Verhaltensweisen zu erklären bzw bei der Gestaltung von

²⁷⁵ Diese Definition wird dem US-kanadischen Ökonomen *Jacob Viner* zugeschrieben; vgl auch *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 1.

²⁷⁶ Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 1.

²⁷⁷ Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 2.

²⁷⁸ Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 4.

²⁷⁹ Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 5; *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 31.

²⁸⁰ *Noll*, Rechtsökonomie, 16.

Rahmenbedingungen menschliches Verhalten in eine bestimmte Richtung zu beeinflussen. Sie können empirisch als auch prognostisch arbeiten. Geleitet von den unterschiedlichen Untersuchungsgegenständen, sind auch die Methoden der beiden Wissenschaftsrichtungen verschieden.

Der traditionellen Rechtswissenschaften sind analytisch-rechnerische Modelle, mit denen menschliches Verhalten beschrieben bzw. vorhergesagt werden kann, fremd. Der Rechtswissenschaft geht es primär um die Interpretation von gegebenen Normen. Die Wirklichkeit des Verhaltens der Menschen ist als solche nicht relevant.²⁸¹ Die Rechtswissenschaft verlässt sich auf allgemeine Erfahrungen und Annahmen, die sich aus einer generellen Plausibilität heraus ergeben. Sie deckt Widersprüche auf, sie weist auf das Auseinanderklaffen zwischen allgemeinem Anspruch und dem Einzelfall hin, ist aber bei der Vorhersage sehr oft auch auf die Hilfe anderer Wissenschaften (zB Ökonomie) angewiesen.²⁸²

Nun sind Aufgaben der Ökonomie und die Aufgaben der Rechtswissenschaften definiert. Beide Gebiete beschäftigen sich, zumindest am Rande, auch mit dem jeweils anderen Gebiet. Die Frage, wann Rechtsökonomie betrieben wird, ist damit noch nicht geklärt. *Behrens* stellt fest, dass Ökonomie und Recht der gemeinsame, systematische Bezugspunkt fehlt, die eine ist der anderen bestenfalls immer Hilfswissenschaft.²⁸³

Das Verbindungsglied, das die Ökonomie mit der Rechtswissenschaft verbindet, bringt *Weigel*²⁸⁴ schön auf den Punkt: Die Rechtsökonomie konzentriert sich auf die Wirkungen von Rechtsnormen. Die Ökonomie hingegen (in diesem Fall die Mikroökonomie), legt das Augenmerk auf die Analyse von Einzelentscheidungen, wobei die (hier vor allem rechtlichen) Randbedingungen als gegeben angesehen werden; die Rechtsökonomie dreht die Sichtweise um und legt das Augenmerk auf diese "Randbedingungen". Weniger die

²⁸¹ *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 8.

²⁸² *Weigel*, Rechtsökonomik, 197.

²⁸³ *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 8.

²⁸⁴ *Weigel*, Gedankensplitter zu einer rechtsökonomischen Analyse des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestands Betteln, JRP 19 (2011), 83.

Einzelentscheidungen sind von Interesse, mehr die Ursachen und Wirkungen der Nebenbedingungen selbst, interessieren die Rechtsökonominnen.

3. Kurze Entwicklungsgeschichte

Obwohl man, gemessen an der literarischen Fülle, meinen könnte, der Ursprung der Rechtsökonomie liegt in den Vereinigten Staaten²⁸⁵, liegen die Wurzeln dieses Forschungsgebietes zum Teil im deutschen Sprachraum. Zumindest wurden so manche Erkenntnisse der modernen Rechtsökonomie schon vor etwa hundert Jahren von Ökonomen aus Wien vorweggenommen.²⁸⁶ *Weigel*²⁸⁷ sieht in den Arbeiten der Ökonomen *Eugen von Böhm-Bawerk*²⁸⁸ und *Emmanuel Hermann*²⁸⁹ die ersten Pionierleistungen, auch wenn diese ersten Ansätze noch nicht als schulengebend gelten.²⁹⁰

Wirtschaftliche Betrachtungsweisen in der Rechtswissenschaft galten nie als etwas Besonderes. Sie beschränkten sich zum einen auf Rechtsgebiete, welche vom Regelungsgegenstand her ökonomische Beziehungen regelten, (wie das Wettbewerbsrecht oder das Kartellrecht). Andererseits gab es generell immer schon Wechselbeziehungen zwischen den Gebieten Recht und Wirtschaftswissenschaften. Prinzipielle Eigenschaften des Rechts wurden dennoch eher zaghaft aus empirischen Beobachtungen und Abstraktionen ermittelt.²⁹¹

Als Startschuss der modernen Rechtsökonomie kann man die Arbeit von *Guido Calabresi* (*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*²⁹²) aus dem Jahr 1961, in der er Überlegungen für eine rationale Begründung der Delikthaftungsregeln anstellt, sehen.²⁹³ Auch der Aufsatz von *Roland H. Coase*

²⁸⁵ So wie bspw. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ auf S 21 das tun.

²⁸⁶ *Gelter/Grechenig*, Juristischer Diskurs und Rechtsökonomie, JRP 15 (2007), 30.

²⁸⁷ *Weigel*, Rechtsökonomik, 14.

²⁸⁸ *Böhm-Bawerk*, Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der Volkswirtschaftlichen Güterlehre (1881).

²⁸⁹ *Hermann*, Theorie der Versicherung (1879).

²⁹⁰ *Posner*, Recht und Ökonomie: Eine Einführung, in *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg), Ökonomische Analyse des Rechts, 91.

²⁹¹ *Weigel*, Rechtsökonomik, 14.

²⁹² Vgl eine Vorarbeit in der Übersetzung ins Deutsche: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg), Ökonomische Analyse des Rechts, 239.

²⁹³ *Noll*, Rechtsökonomie, 42.

(*The Problem of Social Cost*²⁹⁴) aus dem Jahr 1960, in dem er sich genauer dem Problem von externen Effekten und wie diese internalisiert werden können widmet, wird als eine der Arbeiten gesehen, welche die Rechtsökonomie begründet.²⁹⁵

Ein erstes Lehrbuch brachte *Richard A. Posner* 1973 heraus (*Economic Analysis of Law*). Erst ein gutes Jahrzehnt später war auch für den deutschen Sprachraum Literatur verfügbar: *Peter Behrens* (Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986), und *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott* (Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1986).

In der heutigen Zeit ist die Rechtsökonomie zwar anerkannt, hat aber im deutschen Sprachraum bei weitem nicht jenen Stellenwert, wie die traditionellen Methoden der Rechtswissenschaft. So fühlen sich Autoren in ihren Arbeiten, welche sich vorwiegend der Methoden der Rechtsökonomie bedienen, immer noch verpflichtet, eine ausführliche Methodendarstellung ihren Arbeiten voranzustellen.²⁹⁶ Man kann anscheinend nicht davon ausgehen, dass die Methode der Rechtsökonomie schon im juristischen Mainstream angekommen ist, auch wenn sich immer mehr Autoren einzelne Ideen der Rechtsökonomie bedienen; auch die Rechtsprechung bedient sich ebenso rechtsökonomischer Argumente, auch wenn dies vom Höchstgericht nur selten explizit angeführt wird.²⁹⁷

4. Das rechtsökonomische Verhaltensmodell

Die Ökonomie geht von verschiedenen Erklärungsmodellen des menschlichen Verhaltens und Handelns aus. Diese werden zum einen, durch empirische Untersuchungen verfeinert bzw erweitert und dienen zum anderen dazu, verschiedenste Vorhersagen zu treffen. Die Rechtsökonomie hilft dabei

²⁹⁴ Vgl die Übersetzung ins Deutsche in *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsgs), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 129.

²⁹⁵ Vgl hierzu das Coase-Theorem in *Streissler*, *Volkswirtschaftslehre für Juristen*³, 105.

²⁹⁶ Bspw *Weigel*, *Gedankensplitter zu einer rechtsökonomischen Analyse des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestands Betteln*, JRP 19 (2011), 82.

²⁹⁷ *Noll*, *Das Prinzip des "cheapest cost avoider" in der Rechtsprechung des OGH - Beispiele aus jüngerer Zeit*, AnwBl 2003, 471.

das menschliche Verhalten, unter streng definierten Bedingungen im Zuge der Gesetzesfolgenabschätzung, vorherzusagen.

In der Rechtswissenschaft gibt es derartige Verhaltensmodelle nicht. Der Mensch ist dort immer das Ergebnis einer normativen Vorstellung. Dieses Menschenbild deckt sich aber nicht unbedingt mit der Realität.

Selbstverständlich können auch ökonomische Modelle nur einen bestimmten Teil der Realität abbilden. Sie sehen sich nie als ein bloßes "Sollensmodell", so wie dies für die Rechtswissenschaft zutrifft. Der Ökonomie ist es egal, wie sich die Menschen verhalten sollen. Viel interessanter ist es für Ökonomen, wie sich Individuen tatsächlich in bestimmten Situationen verhalten.²⁹⁸ Dabei geht das klassische Modell vom rational denkenden *Homo oeconomicus* aus. In der Realität aber sind dem Menschen bestimmte kognitive bzw. psychologische Grenzen gesetzt, die in der Verhaltensökonomie ihre Berücksichtigung finden.

Wenn man der Ansicht ist, die Rechtswissenschaft sei bloß eine Normwissenschaft, mag das Fehlen eines Verhaltensmodells nicht stören. Sieht man die Rechtswissenschaft aber (auch) als eine Realwissenschaft, dann ist das Fehlen eines positiven Verhaltensmodells ein Verzicht, dem man nachgehen und es hinterfragen sollte.²⁹⁹

Im Wesentlichen findet man in der Ökonomie zwei Richtungen oder Verhaltensmodelle, die auch in der Rechtsökonomie ihre Anwendung gefunden haben. Das rational-theoretische Verhaltensmodell (*Homo oeconomicus*) und das etwas neuere verhaltenswissenschaftliche Modell (*Behavioral Economics*).

Im rational-theoretischen Verhaltensmodell kann der Mensch zwischen verschiedenen Handlungsalternativen wählen. Er ist dabei mit bestimmten Restriktionen, wie beispielsweise der Knappheit (die wohl häufigste Annahme) von Ressourcen, von Zeit und von Information konfrontiert. Auch das Recht nimmt in diesem Modell eine Rolle ein. Rechtliche Sanktionen werden beispielsweise als anfallende Kosten dargestellt, so kann zB eine

²⁹⁸ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 28.

²⁹⁹ Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Economics, JZ 5/2005, 217.

Verhaltensänderung durch Rechtsnormen herbeigeführt werden. Dem Menschen wird dabei unterstellt, dass er seinen eigenen Nutzen mehren möchte und er selber entscheiden kann, was nützlich ist und was nicht. Diese Annahme entspricht vielleicht nicht der Intuition und den eigenen Erfahrungen, sie stellt aber in der Ökonomie eine wichtige Grundannahme dar.³⁰⁰

Auch Phänomene wie Kooperation, Solidarität und Vertrauen können sich in diesem Modell wiederfinden. Es ist ein leistungsfähiges Modell, allerdings darf man nicht vergessen, dass es sich dabei nur um ein Denkmodell handelt und der *Homo oeconomicus* kein real existierendes Individuum ist.³⁰¹ Das Modell galt lange Zeit dennoch als die erste Wahl für die Zwecke der Rechtsökonomie. Für meine Untersuchung, werde ich vom *Homo oeconomicus* ausgehen³⁰² und dann in einem zweiten Schritt verhaltensökonomische Aspekte³⁰³ einbringen.

B. Wohlfahrtstheorie und Rechtswissenschaft

Die Wohlfahrtstheorie nimmt eine zentrale Rolle in der Rechtsökonomie ein. Sie beruht auch auf einem normativen Individualismus: Wenn jedes Gesellschaftsmitglied seinen Nutzen maximiert, dann steigt in Summe auch der Gesamtnutzen für die Gesellschaft. Diese Erhöhung des Gesamtnutzens soll das kollektive Ziel sein und kommt jedem Gesellschaftsmitglied zugute.

*Behrens*³⁰⁴ bezieht sich auf *Adam Smiths* Hauptwerk "Der Wohlstand der Nationen", wenn er sagt, dass es einen Mechanismus gibt, welcher bewirke, dass das eigennützige Streben der Einzelnen, dem Wohle aller diene. Die Idee der Wohlfahrtstheorie kann man auch so erklären: Funktionierende Institutionen, Regelungsabläufe und Sozialsysteme müssen so konstruiert sein, dass die Verfolgung des Vorteils durch die Individuen, nicht nur diesen dienen, sondern gleichzeitig der allgemeinen Wohlfahrt dienen muss.³⁰⁵

³⁰⁰ Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts³, 55 ff.

³⁰¹ Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Economics, JZ 5/2005, 217.

³⁰² Siehe II.B.

³⁰³ Siehe II.E.

³⁰⁴ Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 23.

³⁰⁵ Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 68.

Die wichtigsten Ideen, die sich aus der Wohlfahrtstheorie ergeben und für die Untersuchung des zwingenden Rechts am besten geeignet sind, möchte ich nun in einer Übersicht darstellen.

1. Das Pareto-Kriterium

a. Allgemein

Der *Homo oeconomicus* will seine Ziele möglichst effizient, also mit geringem Mitteleinsatz, erreichen. Seine Ziele können egoistischer, aber auch altruistischer Natur sein; wie beispielsweise die Kindererziehung oder die Altenpflege (Altruismus, Fairness aber auch Böswilligkeit finden sich im Modell des *Homo oeconomicus* wieder³⁰⁶). Eine effiziente Zielerreichung kann entweder eine Person verfolgen, sie kann aber auch von Interessensgemeinschaften (zB Marktteilnehmer) verfolgt werden. Dabei kommt es oft zu Dilemmata, die bei einer zu treffenden Entscheidung überwunden werden müssen.

Noll bringt zur Veranschaulichung eines derartigen Entscheidungsproblems mit einem Zielkonflikt das Beispiel der Kindesobsorge. So stehen Eltern normalerweise vor der Aufgabe, dem Kind eine materielle Versorgung zu bieten, wofür sie normalerweise einer Erwerbstätigkeit nachgehen müssen. Gleichzeitig werden aber in der Zeit der Erwerbstätigkeit, der Kontakt und die emotionale Bindung, die auch wichtig sind, leiden. Die Eltern müssen eine Entscheidung treffen, welcher Mittelweg wohl der richtige, ökonomisch gesagt, der effizienteste ist.³⁰⁷

Um zu dem vorgegebenen Ziel (siehe oben) zu gelangen, müssen die zur Verfügung stehenden Handlungsalternativen bewertet werden. Aufgabe ist es, ein möglichst neutrales Werturteil zu finden.

Der Soziologe und Ökonom *Vilfredo Pareto*³⁰⁸ glaubte eine werturteilsfreie Theorie sozialer Entscheidungen konstruieren zu können.³⁰⁹ Er entwickelte sein Effizienzkriterium dahingehend, dass ein Zustand dem anderen Zustand dann

³⁰⁶ Siehe FN 400.

³⁰⁷ *Noll*, Rechtsökonomie, 16.

³⁰⁸ *Pareto*, *Manuale di economia politica*, engl *Manual of political economy*, 2014.

³⁰⁹ Vgl *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*⁵, 16.

vorzuziehen ist, wenn zumindest ein Beteiligter (oder ein Aspekt) eine Nutzenmehrung erfährt, ohne dass ein anderer Beteiligter (bzw Aspekt) einen Nachteil erleidet. Ineffizient ist demnach ein Zustand, solange es noch eine Möglichkeit gibt, eine Verbesserung eines Beteiligten herbeizuführen, ohne den Zustand des anderen Beteiligten zu verschlechtern.³¹⁰

Dieses wird nun auch im Zusammenhang mit dem Marktmechanismus (mit Verweis auf *Adam Smith*) gerne verwendet, da unter bestimmten Bedingungen jedes Wettbewerbsgleichgewicht auch pareto-effizient ist.³¹¹ Es findet bei einem vereinbarten Leistungsaustausch kein Nullsummenspiel statt, weil in der Hand des jeweiligen Erwerbers die ausgetauschte Leistung mehr wert ist, als beim Veräußerer.³¹² *Hayek* hat dabei erkannt, dass der Marktwettbewerb ein Entdeckungsverfahren darstellt, um neue Ressourcen aufzuspüren, die sonst unentdeckt bleiben würden.³¹³

Mit Hilfe des Pareto-Kriteriums kann man somit auch über einen abgeschlossenen Vertrag die Aussage treffen, ob dieser Vertrag nun effizient ist oder nicht.³¹⁴ Wenn X dem Y eine Sache verkauft und der Vertrag ist ohne Willensmängel zustande gekommen, dann sind beide offenbar zufrieden, sonst hätten sie wohl den Vertrag nicht abgeschlossen.

Die Rechtsordnung unterstützt somit solche pareto-effiziente Zustände, in dem sie den Grundsatz der Vertragsfreiheit ermöglicht. Somit kann es immer zu Nutzenmehrungen kommen. Verträge werden im Prinzip anerkannt und es gibt Hilfestellungen, falls Verträge zu nicht pareto-effizienten Zuständen führen (zB das Gestaltungsrecht der Vertragsanfechtung wegen Irrtums oder List).

b. Ist zwingendes Recht pareto-effizient?

³¹⁰ Vgl *Behrens*, Ökonomische Grundlagen des Rechts, 84 (mit dem Verweis auf *Pareto*, Manuel d'économie politique 1909, 617ff); *Streissler*, Volkswirtschaftslehre, 123; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 48.

³¹¹ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 49, verweist dabei allgemein auf *Adam Smith*.

³¹² *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 179.

³¹³ Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 126 Rz 178.

³¹⁴ *Bannier*, Vertragstheorie, 11.

Verträge die freiwillig abgeschlossen werden, genügen prima facie dem Pareto-Kriterium. Vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit scheinen aber zwingende rechtliche Bestimmungen im Bereich des Vertragsrechts verdächtig zu sein. Bei einem geschlossenen Vertrag stehen beide Vertragsparteien gut da, es gibt auch keine Verbesserung einer Position, ohne die Position der anderen Partei automatisch zu verschlechtern.³¹⁵ Durch zwingendes Recht könnten Regelungen Bestandteil von Verträgen werden, die so nicht unbedingt gewollt werden.

Auch nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre wäre gegen die Pareto-Definition von Effizienz wohl nichts einzuwenden. Verträge sollen genau so gelten, weil diese von den Parteien so gewollt sind, wie sie geschlossen wurden. Diese willentliche Selbstbestimmung stellt eine der Hauptgrundsätze des verpflichtenden Rechtsgeschäfts dar.³¹⁶ Führt zwingendes Recht aus rechtsökonomischer Sicht somit tendenziell zu nicht pareto-effizienten Verträgen, welche von der Rechtsordnung hingenommen werden, oder ist das Beurteilungskriterium etwa nicht richtig?

Das Pareto-Kriterium kann wohl auch für die Beurteilung, ob eine gesetzliche Bestimmung nun zwingend oder dispositiv ausgestaltet werden soll, herangezogen werden. Geht man davon aus, dass der Marktmechanismus Wettbewerbsgleichgewichte erzeugt, die zu pareto-effizienten Zuständen führen, dann ist jenen gesetzlichen Bestimmungen der Vorzug zu geben, die den Marktmechanismus, welcher zu pareto-effizienten Zuständen führt, schützen und Marktversagen verhindern.

Zwingendes Recht kann aber aus der Sicht der Pareto-Effizienz auch sinnvoll sein, wenn die Parteien aus einem speziellen Grund (getrübtes oder kein Erklärungsbewusstsein) nicht in der Lage sind, zu beurteilen, ob ihr Zustand nach dem Vertragsabschluss besser oder schlechter ist. Dazu kommt es beispielsweise bei verminderter Geschäftsfähigkeit oder aufgrund von Informationsdefiziten. Auch werden Verträge in der Rechtswirklichkeit kaum

³¹⁵ Eidenmüller, Kapitalgesellschaftsrecht im Spiegel der ökonomischen Theorie, JZ/2001, 1043; Bechtold, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 202.

³¹⁶ F. Bylinski, Privatautonomie, 122.

unter der Idealbedingung der vollständigen Information geschlossen, wenn dies aber zutreffen würde, wären diese pareto-optimal.³¹⁷

Wenn List, Irrtum oder verminderte Geschäftsfähigkeit zu Vertragsabschlüssen führen, kann mit zwingendem Recht ein Korrektiv geschaffen werden. Ein pareto-effizienter Zustand kann durch das Korrektiv herbeigeführt werden und dadurch werden Informationsasymmetrien bzw. verminderte Beurteilungsfähigkeit ausgeglichen. Grundsätzlich können also zwingende Regelungen alleine im Lichte des Pareto-Kriteriums durchaus auch sinnvoll sein. Es kommt aber immer darauf an, was mit der Regelung bezweckt wird und wie sich diese tatsächlich auswirkt.

So gut (oder so schlecht) das Pareto-Kriterium für die Beurteilung eines Effizienz-Zustandes sein mag, bleibt es doch immer nur ein "lokales Optimum", ein sogenanntes Inselkriterium. Bei einem Inselkriterium werden äußere Einflüsse gerade eben nicht berücksichtigt. Es setzt nämlich erst nach der Anfangsverteilung eines "Gutes" an. Wenn X und Y je ein Stück eines Gutes besitzen, so kann nur auf Kosten des jeweils anderen, eine Verbesserung erfolgen. X müsste das Gut weggenommen werden damit Y bessergestellt wird. Eine Pareto-Verbesserung ist nicht mehr möglich. Gelangen jedoch weitere Güter von außen zur Verteilung, hilft das Pareto-Kriterium nicht. Nach dem Pareto-Kriterium ist es egal, in welchem Verhältnis neu hinzukommende Güter zwischen X und Y aufgeteilt werden. Sollten alle Güter X zugesprochen werden, ist dies ungerecht aber dennoch pareto-effizient, weil Y nicht schlechter gestellt wurde – es wurde ihm ja nichts weggenommen. Egal ob oder in welchem Verhältnis X oder Y diese Güter zugesprochen werden, beide Lösungen wären pareto-effizient.

Der Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit wird vom Pareto-Kriterium nicht berücksichtigt. Von einer Rechtsordnung allerdings erwartet man sich mehr Verteilungsgerechtigkeit, die Effizienz spielt oft eine geringere Rolle. Am besten wäre es, wenn die Rechtsordnung beides erfüllen würde.

³¹⁷ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 185; vgl. auch *P. Köbeli*, Die ökonomische Analyse der Willensmängelregelung: nach amerikanischem und schweizerischem Recht, 32.

Um dieses Problem zu lösen, schlagen *Schäfer/Ott* vor, das Rechtssystem in zwei Teilen zu führen. Ein Teil nimmt sich dem Aspekt der Effizienz an (Recht des Güter- und Leistungsaustausches), der andere Teil verfolgt die Erreichung der Verteilungsgerechtigkeit (Steuer- und Sozialrecht). Das Zivilrecht könnte so von verteilungspolitischen Aufgaben entlastet werden, wenn das Steuer- und Sozialrecht dabei ordentlich seine Aufgaben erfüllt, denn das Zivilrecht ist im Grunde für Verteilungspolitische Aufgaben nicht geeignet.³¹⁸

Generell scheint das Pareto-Kriterium als universelles Instrument problematisch zu sein, um Rechtsnormen zu analysieren. Für eine staatliche Wirtschafts- oder Rechtspolitik ist es nur eingeschränkt brauchbar, da fast bei jedem größeren Vorhaben, Personen zu finden sind, denen das geplante Vorhaben zum Nachteil ist und die es somit blockieren können.³¹⁹

Für die Beurteilung von (zwingenden) Rechtsnormen, ist der Umstand, dass es sich um ein bloß "lokales Optimum" handelt und externe Effekte nicht beachtet werden, von großer Bedeutung. Es ist daher eher ein Denkinstrument der Logik, als eine praktisch anwendbare Effizienzbeurteilungsmethode.

2. Das Kaldor-Hicks-Kriterium

a. Allgemein

Ausgehend von der Kritik und den Problemen des Pareto-Kriteriums entwickelten *Hicks* und *Kaldor* eine Modifizierung.³²⁰ Das Grundproblem ist, dass es aus der alleinigen Sicht des Pareto-Kriteriums, bei der oben beschriebenen Verteilungsproblematik neuer Güter zwischen X und Y, keine Möglichkeit besteht zu einer befriedigenden Lösung zu kommen.

Nach *Kaldor/Hicks* soll eine Wohlstandsteigerung nicht nur dann vorliegen, wenn kein Individuum mehr benachteiligt wird und ein anderes Individuum eine Verbesserung erfährt, sondern schon dann, wenn nach einer Umverteilungsmaßnahme die Begünstigten aus ihren gewonnenen Vorteilen, die

³¹⁸ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 19.

³¹⁹ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 50.

³²⁰ *Kaldor*, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, The Economic Journal No. 195 (Sept 1939), 549-552; *Hicks*, The Foundations of Welfare Economics, The Economic Journal No. 49 (Jul. - Oct., 1942), 696-712.

Benachteiligten entschädigen können. Dabei wird aber schon die bloße Möglichkeit der Entschädigung für ausreichend gehalten. Ob tatsächlich eine Kompensation stattfindet, ist dann aber keine wirtschaftliche, sondern nur noch eine politische Frage.³²¹

b. Zwingendes Recht

Als weitere praktische Anwendung für die ökonomische Analyse des Rechts, für die Frage, ob eine Norm zwingend auszugestalten ist, kann das *Kaldor-Hicks-Kriterium* wie folgt angewendet werden. Dabei wird die Bestimmung einer Art Kosten-Nutzen-Analyse unterzogen und die möglichen Varianten werden in Geld bewertet. Ist die Summe der Vorteile (bzw bevorzugten Individuen oder Gruppen) so groß, dass daraus auch die Benachteiligten entschädigt werden können und trotzdem noch ein positiver Saldo übrigbleibt, dann ist die Bestimmung nach *Kaldor-Hick* effizient und hat den Test bestanden.³²²

c. Zwingende Gewährleistung

In der Frage, ob Gewährleistungsbestimmungen für Verbraucher-Geschäfte zwingend oder dispositiv ausgestaltet werden sollen, kann das *Kaldor-Hicks-Kriterium* angewendet werden: Bei zwingender Ausgestaltung würden auf der Seite der Unternehmer mehr Kosten für die Produktqualität anfallen und in den Preis einkalkuliert werden. Daher könnte das Vertrauen in die Produkte insgesamt steigen und der Absatz würde sich erhöhen. Die Transaktionskosten würden auf beiden Seiten sinken, da die genauen Gewährleistungsbedingungen nicht jedes Mal, mit jedem Kunden, neu ausgehandelt werden müssen.

So einfach diese Methode im Modell sein mag, so schwierig ist sie wohl in der Praxis umzusetzen. Das beginnt schon damit, dass die Gewährleistung nach § 922 ff ABGB und § 8 ff KSchG doch ein vielschichtiger Regelungsbereich ist und nicht generell mit zwingend oder dispositiv etikettiert werden kann.

Allgemein kann es auch zahlreiche Umstände geben, in denen die Entschädigung eines Benachteiligten nicht mit einem gewünschten Anreiz

³²¹ Vgl *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 93.

³²² *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 52.

verbunden werden kann, da dies auch technisch – wegen des hohen Verwaltungsaufwandes – nur schwer durchführbar ist.³²³ Angewendet auf das Problem der Gewährleistung, könnte das bedeuten, dass der Nachteil der höheren Kosten für die Übergeber, nicht in den Produktpreis eingerechnet werden kann, da dies bspw. die herrschenden Marktgegebenheiten nicht erlauben.

Auch können generell in bestimmten Situationen im Kaldor-Hicks-Kriterium logische Widersprüche auftreten.³²⁴ Auf diese möchte ich hier nicht näher eingehen. Für *Eidenmüller* sind diese nicht von Relevanz. Viel problematischer sind die Messungs- und Wertungsprobleme, da sich Nutzen und Kosten nicht immer in Geld-Einheiten ausdrücken lassen.³²⁵

Eine Variante ist das Vermögensmaximierungsprinzip nach *Posner*. Dort geht es im Wesentlichen nur darum, dass Entscheidungen durch öffentliche Organe so getroffen werden, dass die Summe aller durch sie bewirkten Vermögensänderungen bei den Betroffenen, maximiert wird. Das stellt rechnerisch im Ergebnis keinen Unterschied zum Kaldor-Hicks-Kriterium dar.³²⁶ *Posner* setzt dabei aber Geld mit Wohlfahrt gleich, so wird der Status-Quo beibehalten, da es zu keiner Umverteilung kommen kann. Es werden jene gefördert, die Geld haben. Die Wohlfahrt kann insgesamt dadurch sinken.

3. Das Theorem nach Roland-Coase

a. Allgemein

Roland Coase gilt mit seinem Artikel über die Internalisierung von externen Effekten als Initialzündler der Rechtsökonomie.³²⁷ Bekannt wurde er durch das in dieser Arbeit enthaltene sogenannte Coase-Theorem. Eigentlich ist die

³²³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 20.

³²⁴ *T. De Scitovszky*, A Note on Welfare Propositions in Economics, *The Review of Economic Studies* Vol. 9 No. 1 (Nov, 1941), 77-88; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 20.

³²⁵ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 54.

³²⁶ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 20; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 54.

³²⁷ *Coase*, The Problem of Social Cost, *Journal of Law & Economic* 3 (1960), 1; deutsche Übersetzung von *Kirchner* in *Assmann/Kirchner/Schanze/ (Hrsg)* Ökonomische Analyse der Rechts, 130.

Bezeichnung Theorem nicht passend, da es sich streng genommen nicht um ein Theorem handelt. Die von Coase aufgestellten Überlegungen wurden formal nie belegt;³²⁸ das Theorem wurde sogar von der Verhaltensökonomie später teilweise in Frage gestellt.³²⁹

Eine Schlüsselrolle spielen (in Verbindung mit den externen Effekten) dabei die Transaktionskosten. Für die Beurteilung ob sich eine Bestimmung in der Rechtsordnung wohlfahrtsfördernd auswirkt oder nicht (fördert die Bestimmung Effizienz oder Verschwendung?), ist nicht die originäre Ausgangsverteilung der "Konsumgüter" relevant, sondern jene sich am Ende einstellende, faktische Verteilung, die sich nach den Transaktionen zwischen den Beteiligten ergibt. Wie eine Ausgangsverteilung (daher vor den Transaktionen) aussieht, ist bei nicht vorhandenen Transaktionskosten, wohlfahrtökonomisch nicht relevant. Wie kommt er zu diesem Ergebnis?

Es geht vorerst um eine klassische Frage aus dem Bereich der Mikroökonomie. Auf einem Markt für ein bestimmtes Konsumgut (der Begriff Konsumgut ist dabei sehr weit zu verstehen, auch Handlungsrechte und Eigentumsrechte fallen beispielsweise darunter) bildet sich, aufgrund der Preis-Mengen-Kombinationen sowie der individuellen Wertungen der Nachfrager und Anbieter, ein bestimmter Preis. Dieser Preis muss aber nicht unbedingt dem gesellschaftlichen Wert des Konsumgutes entsprechen, da in diesem Preis die sogenannten externen Effekte nicht eingerechnet sind. Als externe Effekte bezeichnet man die Auswirkungen auf andere Personen – also Auswirkungen, die nicht die Produzenten oder Konsumenten betreffen.³³⁰

Diese Effekte können positiv oder negativ sein. Positive Effekte wird man beispielsweise mit einer Investition in Grundlagenforschung erreichen, da der Nutzen wahrscheinlich nicht allein dem Forschungsinstitut zugutekommt. Zulieferunternehmen, welche Technologie-Forschungsinstitute beliefern, können

³²⁸ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 59 Fn 5; *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 73.

³²⁹ *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, *Journal of Political Economy* Vol. 98 (1990), 1325-1348; siehe auch II.E.1.

³³⁰ Vgl. *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 103.

danach (unter Umständen) ihren anderen Kunden neue oder verbesserte Erzeugnisse anbieten.³³¹

b. Der Umgang mit externen Effekten

Typische negative, externe Effekte sind beispielsweise Umweltschäden durch industrielle Produktion oder wenn ein Unternehmer durch Änderung des Produktionsstandortes, Kosten einsparen kann, diese Ersparnisse aber bestimmte soziale Kosten (zB Arbeitslosigkeit) zur Folge haben.³³² Externe Effekte werden in der Kostenrechnung des Produzenten nicht widerspiegelt. Die Preisbildung funktioniert nicht optimal, es kommt zu einem ineffizienten Ergebnis, sodass letztendlich auch der Gesamtnutzen sinkt. Dieses Problem wurde ursprünglich von *Pigou* so gelöst: Er schlägt vor, dem Produzenten eine Steuer aufzuerlegen, welche der Kosten des externen Effekts entsprechen (die sogenannte *Pigou-Steuer*).³³³

Coase geht so wie *Pigou* nun auch davon aus, dass der Gesamtnutzen aller Beteiligten (Konsumenten, Produzenten sowie der Allgemeinheit) am Größten ist, wenn die externen Kosten internalisiert, also in den Kostenrechnungen der Beteiligten eingerechnet werden. Er bietet dafür aber einen anderen, alternativen Lösungsansatz an. Ziel ist es die externen Effekte nicht durch staatliche Eingriffe, wie dies *Pigou* vorschlägt, sondern durch eine Verhandlungslösung zu internalisieren. Die Beteiligten sollen sich dabei die Nutzungsrechte gegenseitig abkaufen. So würden die externen Effekte internalisiert und in den Preisbildungsmechanismus einfließen. Die effizienteste Nutzungsmöglichkeit würde sich so durchsetzen und der Gesamtnutzen sich dadurch erhöhen. Die Beteiligten müssten jetzt nur noch dazu gebracht werden miteinander in Verhandlungen zu treten.

Ziel ist es immer den Gesamtnutzen (die allgemeine Wohlfahrt) zu erhöhen und nicht mögliche Wohlfahrtssteigerungen zu eliminieren. Hier kurz ein Beispiel

³³¹ *Bianchi-Streit ua*, Der Wirtschaftliche Nutzen der CERN-Aufträge an die Industrie (Zweite Studie), 5; vgl auch allgemein für Österreich bspw *Schibany/Gassler*, Nutzen und Effekte der Grundlagenforschung, Joanneum Research – POLICIES Juni 2010.

³³² Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 104.

³³³ Vgl *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 59 mit Verweis auf *Pigou*, The Economics of Welfare.

für eine Lösung nach Coase: Falls eine Fabrik eine allgemeine Nutzensteigerung von 100 erbringen würde, ein Nachbar die Errichtung der Anlage aber verhindern könnte, weil er durch Lärm eine Nutzenminderung von 20 hätte, dann sollte das Recht die Möglichkeit schaffen durch eine Verhandlungslösung die Gesamtnutzensteigerung von 80 zuzulassen. Würde der durch den Lärm (minus 20) geschädigte Nachbar entsprechend entschädigt und eventuell auch etwas von der allgemeinen Nutzenmehrung der Fabrik bekommen, wird er die Fabrik nicht verhindern wollen.

Pigous-Lösung ist eine staatliche, öffentlich-rechtliche. Steuern, die vom Verursacher zu zahlen sind, sollen die externen Effekte beseitigen. Diese Lösung basiert auf dem Verursacher-Prinzip. Die *Coase-Lösung* baut dagegen auf die "Selbstheilungskräfte" des Marktes. Sind die Voraussetzungen (Eigentumsrechte an den Ressourcen sind geklärt und es gibt keine Transaktionskosten) erfüllt, können Verhandlungen kostenfrei geführt werden.³³⁴

c. Die Rolle des Privatrechts bei der Internalisierung externer Effekte

Es liegt auf der Hand, dass dem Privatrecht und insbesondere der Ausgestaltung des Vertragsrechts (und der Vertragsfreiheit) eine zentrale Rolle zukommt. Dabei sollte gewährleistet sein, dass der Inhaber eines Ausschließlichkeitsrechts (zB siehe oben Einspruch gegen Fabrikneubau), dieses auch im Austausch gegen ein Recht eines anderen, übertragen kann.³³⁵ Hier kommt es nun auch darauf an, die richtigen gesetzlichen Regelungen einzusetzen, um die Gesamtnutzenmaximierung zu fördern und nicht zu behindern. Die Parteien sollen damit die Möglichkeit haben zu verhandeln. Dabei muss das Recht darauf rücksichtnehmen, dass in der Optimal-Annahme des Coase-Theorems die Transaktionskosten null sind, real aber eben nicht zu vernachlässigen sind und einen besonderen Einfluss haben.

Für *Eidenmüller* bedeutet dies, "(i) dass, das Recht einen Markt für Rechtspositionen zulassen muss, (ii) dass rechtliche Regeln Markttransaktionen erleichtern sollen und (iii), dass das Recht schließlich dort, wo

³³⁴ *Bannier*, Vertragstheorie, 12.

³³⁵ *Behrens*, Die Ökonomischen Grundlagen des Rechts, 125.

Markttransaktionen an prohibitiv hohen Kosten scheitern, die marktmäßige Lösung simulieren soll."³³⁶

d. Die Rolle des zwingenden Rechts

Coase liefert für die Frage, inwieweit zwingendes Recht im Vertragsrecht sinnvoll ist und wie sich der Mechanismus der Vertragsfreiheit ökonomisch auswirkt, wertvolle Denkanstöße.

Im Folgenden soll dieses doch sehr theoretische und modellhafte Rezept auf eine konkrete Regelung angewendet werden. Es geht um die Bestimmungen des Nachbarschaftsrechts im ABGB, welche *Streissler* kurz im Zusammenhang mit der Behandlung des Coase-Theorems anführt. Nach der Regelung des § 364 ABGB zum Nachbarschaftsrecht, kann der Eigentümer eines Grundstückes dem Nachbarn, die von dessen Grund ausgehenden Einwirkungen durch zB Rauch, Geruch und Geräusch dann untersagen, wenn sie das nach den örtlichen Verhältnissen, das gewöhnliche Maß überschreiten und die ortsübliche Benutzung des Grundstückes wesentlich beeinträchtigen.³³⁷

Es wäre aber möglich, sich durch entsprechende Entschädigungszahlungen, derartige Verschmutzungsrechte zu "erkaufen". Diese Rechte werden jedoch nicht in vollem Umfang dem Preisbildungsprozess eines Marktes unterworfen. Zum einen muss ein beeinträchtigter Nachbar bestimmte Eingriffe, die gemessen an den örtlichen Verhältnissen üblich sind, dulden und zum anderen gibt § 364a ABGB dem Nachbar einer behördlich genehmigten Anlage, nur einen verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch. Es besteht aber kein Unterlassungsanspruch.

Die Privatautonomie steht bei der Regelung des § 364a ABGB (siehe Beispiel oben) dabei eher im Hintergrund. Die Vertragsfreiheit könnte in diesem Fall zu Wohlstandsminderungseffekten führen. Für den Nachbar ist die Privatautonomie jedenfalls beschränkt. Der Anlagenbetreiber kann sich entscheiden, ob er sich des "Vermögensguts" des Nachbarn bedient oder nicht – auch wenn er dann einen verschuldensunabhängigen Ersatz leisten muss.³³⁸

³³⁶ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 63.

³³⁷ *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 105 Rz 083.

³³⁸ *Graf*, Vertrag und Vernunft, 348.

§ 364a ABGB ist immer dann sinnvoll, wenn es hohe Transaktionskosten gibt. Das Recht greift in die Verhandlung ein (oder gibt eine Lösung vor), um die Transaktionskosten zu senken.

Es sind vertragliche Vereinbarungen möglich, denn es ergeben sich Ansprüche, die dispositiv sind, da auch ein Anspruchsverzicht oder eine Vereinbarung im Vorfeld mittels Servitut möglich ist.³³⁹ Die örtlich, kleinräumige Vorgabe, die auch dispositiv ist, wonach ortsübliche Beeinträchtigungen hinzunehmen sind, minimiert bzw verhindert die Transaktionskosten, wenn diese Regelung den "hypothetischen Parteiwillen" der Handelnden entspricht. Eine dispositive Regelung simuliert eine Marktsituation zwischen den Nachbarn und wirkt sich so transaktionskostenmindernd aus.³⁴⁰ Das Nachbarrecht bringt damit auch die sozialen Bindungen des Eigentums im Privatrecht zum Ausdruck.³⁴¹

Die Regelungen der §§ 364 und 364a ABGB zeigen eine praktische Anwendung des Coase-Theorems. Rechtspositionen können von den Beteiligten ausverhandelt werden und bewirken automatisch eine effiziente Ressourcenallokation. Das Problem ist aber, dass eine vollständige Internalisierung aller externen Kosten nicht durch alleiniges Ausverhandeln erreicht werden kann. Die entsprechenden Rechtspositionen sind oft schwer (bzw nur mit erheblichem Aufwand der Informationsbeschaffung) vergleichbar.

Hier wird auf die hypothetische Verhandlungslösung zurückgegriffen.³⁴² Diese marktsimulierende Lösung ist, wie hier im Fall des Nachbarrechts, dass indirekte Immissionen geduldet werden müssen (wenn diese ortsüblich sind und die ortsübliche Benutzung nicht beeinträchtigen). Eine andere Lösung kann aber von den Parteien ausgehandelt werden. Das Recht hindert sie nicht daran.

Bei allgemeinen Umweltschutzanliegen, welche über das örtlich begrenzte nachbarschaftliche Verhältnis hinausgehen, wird sich eine Simulierung eines Markts, nur mittels dispositiven Vertragsrechtsbestimmungen, schwer realisieren lassen. Beeinträchtigungen werden oft nicht von selbst geahndet. Der Verletzte

³³⁹ Vgl *Eccher* in KBB³, § 364 ABGB, RZ 3.

³⁴⁰ Vgl *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, 339 ff.

³⁴¹ Vgl *Eccher* in KBB³, § 364 ABGB, RZ 2.

³⁴² *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 65.

muss sich selber um sein Recht bemühen, ob er dies auch tatsächlich tut, ist nicht immer klar.³⁴³ Der Einzelne wird sich sehr genau überlegen, ob sich der zu tätigende Aufwand lohnt und unternimmt eventuell nichts gegen die Immission (rationale Apathie). Eine Minderung der Gesamtwohlfahrt wäre die Folge. Der Rechtsbrecher erwirtschaftet dadurch einen unrechtmäßigen Gewinn auch zum Nachteil der Gesamtwohlfahrt.

Zwingendes Recht zum Schutz von Kleinaktionären³⁴⁴ oder von Verbrauchern³⁴⁵, wäre demnach auch durch die rationale Apathie des Menschen gerechtfertigt. Eine Möglichkeit wäre auch auf die beteiligten Subjekte mehr Druck auszuüben, damit diese sich miteinander in Verbindung setzen, um eine Internalisierung zu erreichen.³⁴⁶ Hier würde dann ebenso Platz für zwingendes Recht sein. Dieses müsste beispielsweise die Eigentumsrechte (im Sinne von Nutzungsrechten) definieren, welche gegen Entgelt erworben werden können, so wie das beim System des Handelns mit CO₂-Emissionszertifikaten in der EU passiert.³⁴⁷

Im Fall, dass die Geschädigten eine größere Gruppe bilden und sich einzelne Geschädigte nicht an den Verhandlungen beteiligen, aber vom Ergebnis doch profitieren, tritt das Trittbrettfahrerproblem auf. Auch blendet das Coase-Theorem die Möglichkeit des strategischen Verhaltens aus.³⁴⁸ Es geht davon aus, dass bei vollständiger Konkurrenz, eine Gesellschaft den wünschenswerten Zustand der Pareto-Effizienz, unabhängig davon, wie die frei übertragbaren "Konsumgüter" originär zugeordnet sind, erreicht. Die weiteren vielfältigen Formen des sogenannten Marktversagens sind auch nicht berücksichtigt.³⁴⁹

³⁴³ Vgl. *Jabornegg*, Der Schutz der Umwelt durch das Zivilrecht, VR 1988, 41.

³⁴⁴ *Winner*, Ein gutes Jahrzehnt Übernahmerecht in Österreich - eine Würdigung, GesRZ 2010, 10.

³⁴⁵ *Staudenmayer*, Das Grünbuch der Europäischen Kommission über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, AnwBl 2009, 158.

³⁴⁶ *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 118.

³⁴⁷ Vgl. RL 2003/87/EG des Europäischen Parlaments; *Loretz/Mestl/Türk*, Institutionelle Fragen des CO₂-Handels am Beispiel des EU Emissionshandelssystems, ÖBA 2010, 803.

³⁴⁸ *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 75.

³⁴⁹ *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 78.

4. Markt und Marktversagen

a. Der Markt als Modell

Der Markt als Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage, aus dem sich dann die Preise ergeben, ist ein rein analytisches Hilfsmittel der Ökonomie. Mit dieser optimalen Laborsituation, können verschiedenste Annahmen bzw Maßnahmen verglichen werden.

Das allseits bekannte Koordinatensystem nach *Marshall*³⁵⁰, wo ausschließlich der Güterpreis und die Gütermenge in einem Wirkungszusammenhang auf zwei Achsen dargestellt werden und alle anderen Einflussgrößen vernachlässigt werden, ist nur ein Modell. Man darf dabei nicht vergessen, dass dieser Markt in der Realität in dieser Form selten bis gar nicht existiert.

In diesem Modellmarkt gibt es beispielsweise keine Transaktionskosten, welche für einen gültigen Vertragsabschluss aufgewendet werden müssen. Jeder Marktteilnehmer weiß genau gleich viel, keiner handelt strategisch, alle externen Effekte sind internalisiert. Hier wird über den Preisbildungsmechanismus von Angebot und Nachfrage, menschliches Verhalten gesteuert.

Das Marktmodell ist eines von mehreren Denkmodellen zur Steuerung der Gesellschaft. Daneben gibt es als Denkmodell die Bürokratie, welche über den Befehlsmechanismus (Zwang) wirkt, das Kollektivverhandlungsmodell, welches über den Vereinbarungsmechanismus funktioniert und die Politik, die den Abstimmungsmechanismus verwendet.³⁵¹

Der Markt (als Modell) auf der einen Seite, steht dem real existierenden Markt auf der anderen Seite, gegenüber. Gesehen im Licht der Pareto-Effizienz, ergeben sich zwangsläufig Diskrepanzen, wenn das Modell mit der Realität verglichen wird. Diese Diskrepanzen dienen oft als Legitimation für staatliche Eingriffe in den Marktprozess, obwohl diese Eingriffe, auf einen eben nicht unbedingt sauberen Vergleich der Realität mit einem perfekten Ideal beruhen.

³⁵⁰ Vgl. *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 93 RZ 030.

³⁵¹ *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 113, mit Verweis auf *Dahl/Lindblom*, Politics, Economics and Welfare.

Diese unsaubere Vorgehensweise wird in der Literatur als Nirwana-Ansatz bezeichnet; man will damit die Realitätsferne ausdrücken³⁵²

b. Der Markt aus der rechtlichen Perspektive

Rechtlich wird der Markt weniger modellhaft gesehen. Viel mehr ist er eine reale soziale Erscheinung, die unter einen normativen Rahmen gestellt werden soll. Das Recht stellt dabei die gesellschaftlichen Funktionen von realen Märkten in den Vordergrund. Käufer und Verkäufer verfolgen gegensätzliche Interessen, bilden aber dennoch eine Interessengemeinschaft, wo durch gegenseitige Mitwirkung, jeder sein Ziel erreichen kann.³⁵³ Das Recht soll diese Interessengemeinschaft schützen und Konflikte lösen, die sich aus diesem "Zusammenwirken" ergeben. Gleichzeitig muss es aber auch gesellschaftliche Ziele beachten, welche nicht über den Markt zu erreichen sind.

Die Frage, in welchem Ausmaß das Recht mit seinen Regelungen in den Markt eingreifen soll, legen primär die verfassungsrechtlichen Grundlagen fest.³⁵⁴ Der Markt kann dabei aus rechtlicher Sicht als ein Verfahren, welches einen Ablauf von Handlungen beschreibt, gesehen werden. Durch individuelle Transaktionen von Produkten und Geld wird der Gesamtzweck, die Wirtschaft zu steuern, beschrieben.³⁵⁵

Geht es um die oben angeführte Interessengemeinschaft, dann ist das Recht bestrebt, im vorgegebenen Rahmen die Märkte zu schützen, zu erhalten und zu stabilisieren. Marktrecht (im weiten Sinn gedacht) erfasst alle Normen, welche diese genannten Aufgaben erfüllen. Man kann diese Normen im öffentlichen Recht, aber auch im Privatrecht finden.

Die Normen des öffentlichen Wirtschaftsrechts bedienen sich dabei oft des Befehlsmechanismus (Bürokratie), um menschliches Verhalten zu steuern. Im Privatrecht hingegen findet man keinen direkten Zwang. Bestimmungen, welche die Anerkennung und somit die gerichtliche Durchsetzung von

³⁵² Schäfer/Ott, Lehrbuch der Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 82.

³⁵³ Vgl. Streissler, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 124 RZ 156.

³⁵⁴ Vgl. S. Weber, Der Markt als rechtliche Institution, JBL 1994, 795; Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 77; sowie zu den Grundrechtlichen Aspekten siehe I.D.3.

³⁵⁵ Vgl. S. Weber, Der Markt als rechtliche Institution, JBL 1994, 808.

Vertragsbestimmungen versagen (zwingendes Vertragsrecht), können aber sehr wohl, als bürokratischer Befehlsmechanismus begriffen werden.

Auch wenn der Marktmechanismus aus einem besonderen Grund gefährdet oder bedroht zu sein scheint, können oft nur zwingende Bestimmungen helfen. Man spricht dabei vom (drohendem) Marktversagen. Dieses sogenannte Marktversagen tritt im Wesentlichen bei fehlender vollkommener Konkurrenz, bei opportunistischen Verhaltensweisen der Marktteilnehmer und/oder bei nicht internalisierten externen Effekten auf.

Das Kartellrecht will zB dem Marktversagen entgegenwirken welches durch Marktmacht entstehen könnte. Marktmacht führt zu einer falschen Preisbildung und die Produktionsstruktur wird dadurch ineffizient. Verboten sind somit alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die auf eine Einschränkung des Wettbewerbs hinauslaufen.³⁵⁶

c. Beispiele des Marktversagens

Auch für Güter, welche öffentlich angeboten werden, ist das Marktversagen vorprogrammiert, denn bei Nicht-Exklusivität wird die Zahlungsbereitschaft abnehmen, es entstehen die sogenannten Trittbrettfahrerprobleme. Trittbrettfahrer nutzen ein öffentliches Gut, wie zum Beispiel saubere Luft, Infrastruktur oder Dienstleistungen (zB die Landesverteidigung), ohne dafür zu bezahlen. Ein Ausschluss dieser *free-rider*, die vorgeben an der Bereitstellung eines öffentlichen Gutes nicht interessiert zu sein, damit das Gut andere bezahlen, ist nicht oder nur zu hohen Kosten möglich. Dies hat zur Folge, dass der Marktmechanismus für das öffentliche Gut nicht funktioniert und es über Bürokratie also mit Zwangsabgaben (allgemeine Steuern) finanziert werden muss.³⁵⁷ Trittbrettfahrer handeln individuell rational, man kann ihnen also gar keinen Vorwurf machen, ihr Verhalten lässt sich spieltheoretisch mit dem Gefangenendilemma erklären.³⁵⁸

³⁵⁶ Vgl § 1 Kartellgesetz 2005.

³⁵⁷ Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 19 Rz 089.

³⁵⁸ Zum Gefangenendilemma siehe III.C.1.a.

Das Bild des Trittbrettfahrers suggeriert, dass das Problem primär nur Anbieter staatlicher Leistungen betrifft. Das ist aber nicht der Fall. Seit es zB das Internet gibt, wird umso deutlicher über die Notwendigkeit und die Intensität des Urheberrechts diskutiert. Urheberrechtlich geschützte Werke sind oft durch ihre Nichtausschließlichkeit geprägt, beispielsweise Musik wird nicht weniger, wenn sie von mehreren Menschen gleichzeitig gehört wird. Die Musik ist also ein öffentliches Gut. Trittbrettfahrer haben daher leicht billigen Nutzen zu ziehen. Das Recht muss einen Weg finden, den Urhebern eine entsprechende Entlohnung zukommen zu lassen. Bei öffentlicher Finanzierung wird die Preisbildung ein Problem sein, da es durch die Monopolbildung zum Marktversagen kommt. Überlässt man die Preisbildung ohne jeden rechtlichen Eingriff ganz dem freien Markt, wird dies durch das Trittbrettfahrerproblem auch zu einem Marktversagen führen und es wird sich kein Preis finden lassen. Daher ist ein vernünftiger Mittelweg zu finden.³⁵⁹ Dieses Marktversagen (aufgrund von Trittbrettfahrern) spielt beispielsweise auch eine Rolle bei der Diskussion über die Einführung eines neuen Leistungsschutzrechts für Presseverleger.³⁶⁰

Marktversagen kann sich aber auch aus dem opportunistischen Verhalten eines Marktteilnehmers ergeben, wenn im Hinblick auf eine längerfristige Vertragsbindung spezielle Investitionen getätigt werden, die außerhalb dieser langfristigen Bindung nur einen geringen Wert für den Investor haben. So könnte beispielsweise im Rahmen eines langfristigen Zuliefervertrages, der Abnehmer den Zulieferer dazu bringen, nur noch die variablen Kosten zu zahlen. Dies kann dazu führen, dass sich gar kein Markt bilden kann.³⁶¹

Der Einfluss von externen Effekten wurde bereits oben dargelegt.³⁶² Schäfer/Ott³⁶³ führen neben den dargestellten Fällen von Marktversagen auch Mikro- und makroökonomische Instabilitäten (wie beispielsweise den sogenannten Schweinezyklus) an. Aus ökonomischer Sicht kann zusammenfassend gesagt werden, dass Regelungen nötig sind, um die

³⁵⁹ Stepan, Ökonomie des Urheberrechts, Juridikum 2007, 36.

³⁶⁰ Forgó, Zur möglichen Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger in Österreich, ZIR 2014, 358.

³⁶¹ Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 81.

³⁶² Siehe Seite 46.

³⁶³ Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 81.

Ineffizienz des Marktes, welche sich aus dem Marktversagen ergibt, zu unterbinden.

Für das Funktionsversagen eines Marktes lassen sich zwei grundlegende Gruppen bilden.³⁶⁴

Die erste Gruppe sind: Defizite, die der Verwirklichung des Marktes in der Realität entgegenstehen (zB Wettbewerbsbeschränkungen und Transaktionskosten). Diese Funktionsstörungen lassen sich mit kompensatorischen Rechtsnormen beheben. Das Kartellrecht³⁶⁵ zum Beispiel, verbietet, dass Marktteilnehmer durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen den Leistungswettbewerb des Marktes umgehen; oder wenn ein systembedingtes Marktmachtungleichgewicht vorhanden ist, werden nachteilige AGB nur unter bestimmten Voraussetzungen Vertragsinhalt.³⁶⁶ Bestimmungen, die einen Ausgleich von Informationsvorsprüngen bezwecken, fallen auch unter diese Gruppe³⁶⁷.

Die zweite Gruppe sind: Defizite, die in den Konstruktionsprinzipien des Marktes begründet liegen und so die Steuerungsleistung des Marktes begrenzen. Dazu gibt es zwei Beispiele: Das Problem Trittbrettfahrer (siehe oben) und das Problem der Menschenrechte, die keinen in Geld feststellbaren Wert haben. Sie können über den Markt, der das Kommunikationsmedium Geld benutzt, nicht verteilt werden. Man muss sich daher eines anderen Mechanismus bedienen oder einen entsprechenden Marktmechanismus schaffen – so wie das beispielsweise für das öffentliche Gut der CO₂-Emission geschehen ist.³⁶⁸

d. Das falsch verstandene Marktversagen

Anmerken möchte ich in diesem Zusammenhang, dass Marktversagen in der (juristischen) Diskussion oft weiter verstanden wird, als im originären ökonomischen Kontext. Unter Marktversagen werden dabei oft alle sozialen und ökologischen Blindheiten der Märkte subsumiert, auch wenn

³⁶⁴ Vgl. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 131.

³⁶⁵ Siehe FN 356.

³⁶⁶ Siehe § 864a ABGB.

³⁶⁷ Siehe III.

³⁶⁸ Siehe FN 347.

verteilungspolitische Gesichtspunkte von einem Markt nicht berücksichtigt werden; der Begriff wird also nahezu inflationär verwendet.³⁶⁹

Für *Streissler* ist der Begriff des Marktversagens hingegen überhaupt ein sprachlich nicht besonders glücklicher und eher eine Folge des vereinfachten Modells, welches mit der Wirklichkeitsbeschreibung verwechselt wird.³⁷⁰ Kann im Angebot-Nachfrage-Schema des "Marshall-Kreuzes"³⁷¹ kein Gleichgewichtspunkt erreicht werden, spricht man von gestörten oder funktionsunfähigen Märkten. Von Marktversagen im weiteren Sinne spricht man aber häufig schon, wenn irgendeine Optimal-Anforderung nicht erfüllt ist (externe Effekte, Oligopol-, oder Monopolmärkte).

Ein Marktversagen wird oft als Argument herangezogen um zwingendes Vertragsrecht zu rechtfertigen. Eine gewisse Skepsis sollte man aber an den Tag legen, wenn zwingendes Recht bloß allgemein mit Marktversagen begründet wird, ohne dass eine genauere Spezifizierung angeführt wird, wie sich dieses Marktversagen genau auswirkt und wie zwingendes Recht konkret dieses Marktversagen verhindern soll.

Auch für das Gewährleistungsrecht kann Marktversagen eine besondere Rolle spielen. Informationsasymmetrien zwischen Käufer und Verkäufer, die zu Marktversagen führen können, sind für die Frage, ob Gewährleistung zwingend oder dispositiv ausgestaltet werden soll, von Bedeutung³⁷².

C. Der vollständige Vertrag

Nach neoklassischer Modell-Ansicht ist der Vertrag kein Nullsummenspiel. Die Ressourcen werden jenen Personen zugedacht, die daraus den jeweils größeren Nutzen ziehen können, als ihr Gegenüber. Es kommt nicht bloß zu einem neutralen Ressourcenaustausch, sondern es kommt zu einer Wohlstands-

³⁶⁹ Beispielsweise *Korinek*, Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht, JBL 1991, 410; oder auch *F. Bydlinski*, Privatautonomie, 171.

³⁷⁰ *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 117 Rz 134-135.

³⁷¹ Siehe FN 350.

³⁷² Siehe III.

vermehrung.³⁷³ Die ökonomische Analyse des Vertragsrechts hält also die Vertragsfreiheit für effizient, außer es liegt ein Marktversagen vor.³⁷⁴

Der vollständige Vertrag entspricht dem Effizienzkriterium nach Pareto³⁷⁵: Der Vertrag kann ex ante nicht mehr durch beiderseits vorteilhafte Änderungen verbessert werden.³⁷⁶ Vollständiger ist daher ein Vertrag, wenn alle zukünftigen Umweltzustände und Eventualitäten mitgedacht sind und es dafür Antworten im Vertrag gibt; es besteht volle Rechtssicherheit, es sind keine Ergänzungen mehr notwendig.³⁷⁷ Diese vollständigen Verträge wird man kaum antreffen; unvollständige Verträge sind daher dadurch gekennzeichnet, dass sie zu einem späteren Zeitpunkt nachverhandelt, ergänzt oder revidiert, werden müssen.³⁷⁸ Es ist also nicht alles geregelt.

Jeder soll mit jedem, ohne Aufwand, gerne Verträge schließen und damit die Wohlstandsmehrung ermöglichen, was dem Vertragsrecht damit eine wichtige Rolle zuteilt. *Schäfer/Ott* vergleichen das Vertragsrecht bildlich mit einem Schmiermittel für die Wirtschaft, welches in einer Wirtschaftsordnung, wo Vertragsfreiheit herrscht, eine risikomindernde Funktion einnimmt.³⁷⁹ Der Grund liegt darin, dass im Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen Risiken auftreten, wie zB opportunistisches Verhalten eines Vertragspartners. Mit opportunistischem Verhalten ist im Wesentlichen gemeint, dass sich Vertragspartner nicht immer "fair" ihrem Gegenüber verhalten;³⁸⁰ beispielsweise wenn für den Vertragsabschluss wichtige Informationen nicht weitergegeben werden, würde das dazu führen, dass Verträge nur mehr mit bekannten, vertrauenswürdigen Personen abgeschlossen werden. Das Vertragsrecht hat auch die Aufgabe dieses Risiko zu mindern, sodass Vertragsabschlüsse auch zwischen Risikoaversen, nicht einander bekannten Vertragspartnern möglich

³⁷³ Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 423.

³⁷⁴ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 120.

³⁷⁵ Siehe II.B.1.

³⁷⁶ *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts, 74.

³⁷⁷ *Bechtold*, Die Grenzen des zwingendes Vertragsrechts, 38.

³⁷⁸ *Bannier*, Vertragstheorie. Eine Einführung mit finanzökonomischen Beispielen und Anwendungen, 179.

³⁷⁹ *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 428.

³⁸⁰ *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 427.

werden. Hier hat man beispielsweise diverse Anfechtungstatbestände für Willensmängel geschaffen.

Das Vertragsrecht beinhaltet- aus ökonomischer Sicht - im besten Falle alles, was Parteien miteinander vereinbaren würden. Es modelliert den vollständigen Vertrag nach, der für alle Eventualitäten eine Regelung getroffen hat, und erspart den Parteien über jedes Detail zu verhandeln. Sie können sich auf das Gesetz verlassen und sparen so Transaktionskosten und Kosten der Sachverhaltsfeststellung. Im Endeffekt können daher Verträge unvollständig bleiben, weil man sich auf das Vertragsrecht verlassen kann.³⁸¹

Dieses rechtsökonomische Denkmodell erinnert an den (nicht unumstrittenen) hypothetischen Parteiwillen, der im Zuge der ergänzenden Auslegung von Willenserklärungen herangezogen wird, wenn selbst das dispositive Recht keine Antwort auf eine Ordnungsfrage geben kann.³⁸²

Das Ideal des vollständigen Vertrages kann man auch als juristische Entsprechung des vollkommenen Marktes sehen.³⁸³

Ein optimales Vertragsrecht sollte immer eine Reservelösung parat haben, falls die Parteien diese Lösung nicht wünschen, können sie diese abbedingen. Vertragsrecht müsste, dem alleine nach zu urteilen, immer dispositives Recht sein. Zwingendes Recht ist, von diesem Standpunkt aus betrachtet, kritisch zu sehen. Vertragsrecht hat aber, neben der Aufgabe Reserveordnung zu sein, auch andere Aufgaben zu erfüllen, die sich aus dem Marktversagen ergeben.

Bei der Gewährleistung wird man sich bei Verträgen für den täglichen Bedarf auf die Reserveordnung aus dem Gesetz verlassen und spart sich so die Transaktionskosten. Bei komplexen Verträgen, wie beispielsweise Unternehmenskäufen, ist es für die Parteien jedoch besser, wenn sie sich über zu erwartende Leistungsstörungen selber Gedanken machen. Mit einer speziell

³⁸¹ Vgl. *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 133 Rz 209.

³⁸² Vgl. *Graf*, Vertrag und Vernunft, 15ff; *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 96 ff.

³⁸³ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 137.

zugeschnittenen Vereinbarung können so Wohlstandsverluste vermieden werden.³⁸⁴

D. Die Prinzipal-Agent Theorie

Neben dem Modell des vollständigen Vertrages ist die Prinzipal-Agent-Theorie³⁸⁵ ein zentrales Analysewerkzeug. Mit ihr werden Informationsasymmetrien zwischen bestimmten Vertragsparteien, die verschiedene Interessenslagen haben, analysiert.

Zwischen dem Prinzipal und dem Agent besteht eine Vertragsbeziehung. Die Tätigkeiten des Agenten können vom Prinzipal nicht unmittelbar beobachtet werden (*hidden action*) und der Agent macht auch Beobachtungen, die der Prinzipal nicht machen kann (*hidden information*). Derartige Agency-Beziehungen sind in einer arbeitsteiligen Welt alltäglich. Für die Beurteilung zwingenden Rechts ist dabei die Lehre der Vertretungskosten von Interesse, welche vom Konzept an die Transaktionskosten, erinnert.³⁸⁶

Es stellt sich die Frage, wie Normen ausgestaltet sein müssen, damit die Kosten, die auf der Seite des Prinzipals für die Überwachung des Agenten anfallen, in einer angemessenen Relation, zu den eventuell drohenden Kosten einer Informationsasymmetrie bleiben.

Es gilt die Mechanismen zu finden, die geeignet sind, den Agenten dazu zu motivieren, seine Informationen zum Nutzen des Prinzipals einzusetzen und sich so zu verhalten wie der Prinzipal es wünscht.³⁸⁷ Das Problem wird in der Spieltheorie im Rahmen der "wiederholten Spiele" behandelt.³⁸⁸

Hauptanwendungsfeld ist das Kapitalgesellschaftsrecht. Dort stehen sich Aktionäre, Vorstände, Mitarbeiter, Gläubiger und Aufsichtsräte in einem

³⁸⁴ Riha, Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB, 36.

³⁸⁵ Vgl. Streissler, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 133 Rz 210 ff; Gabler, Wirtschaftslexikon, Stichwort: Prinzipal-Agent.

³⁸⁶ Vgl. Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 139.

³⁸⁷ Vgl. Bechtold, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 35.

³⁸⁸ Vgl. Holler/Illing, Einführung in die Spieltheorie, 129.

entsprechenden Verhältnis gegenüber, welches mit dem Prinzipal-Agent-Modell analysiert werden kann.³⁸⁹

Einfachere Vertragsbeziehungen aus dem allgemeinen Privatrecht lassen sich auch mit Hilfe der Prinzipal-Agent-Theorie abbilden. Kaufverträge zwischen einem Prinzipal (Käufer), der die Qualität der Kaufsache nicht beurteilen kann, und einem Verkäufer (Agent), den man dazu bringen muss seine Information weiter zu geben, wäre so ein Beispiel. Aus diesen Blickwinkel lassen sich natürlich auch die Bestimmungen der Gewährleistung betrachten.³⁹⁰

³⁸⁹ *Eidenmüller*, Kapitalgesellschaften im Spiegel der ökonomischen Theorie, JZ 21/2001, 1046.

³⁹⁰ Siehe III.

E. Behavioral Law and Economics

Behavioral Economics ist der Versuch, das Menschenbild der Ökonomie mit jenem der Psychologie wieder zu versöhnen.³⁹¹ Kritik an dem rational-theoretischen Modell gab es schon frühzeitig; der *Homo oeconomicus* wird allgemein als zu rigide und wirklichkeitsfremd gesehen.³⁹²

Nicht nur diese Kritik führte später zu dem verhaltenswissenschaftlichen Modell. Es handelt sich dabei auch um eine Weiterentwicklung des rational-theoretischen Modells. Der aus der Sozialwissenschaft kommende und spätere Nobelpreisträger *Herbert Simon*, erweiterte das bisherige rational-theoretische Modell mit der Tatsache, dass es Menschen in schwierigen Entscheidungssituationen gar nicht möglich ist, alle nötigen Informationen erstens zu bekommen und zweitens zu verarbeiten. Die Folge ist, dass Entscheidungen getroffen werden, obwohl nicht alle Handlungsalternativen hinreichend bekannt sind, dies führt unter Umständen zu nicht rationalen Entscheidungen.³⁹³

Diese nichtrationalen Entscheidungen fußen nicht darin, dass keine Informationen mehr gesucht werden. Sie haben ihren Grund in der Bewertung dieser (wenn auch unvollständiger) Information, da beispielsweise oft sogenannte Heuristiken (vereinfachte Einschätzungen) für eine Problemlösung gebildet werden, die aber rational nicht stimmen können.

Diese Erkenntnis ist ein Ergebnis, welches aus einer anderen Wissenschaftsverbinding mit der Ökonomie, nämlich die mit der Psychologie beruht. Die Tatsache der kognitiven Beschränktheit und der, dass Informationen unvollständig sind, führen zum Konzept der beschränkten Rationalität³⁹⁴ (*bounded rationality* nach *Herbert Simon*³⁹⁵). Vor dem Hintergrund, dass das Motiv von zwingendem Vertragsrecht quantitativ oft bei den Aufklärungspflichten

³⁹¹ *Beck*, Behavioral Economics, 9.

³⁹² *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 4.

³⁹³ Vgl. *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 22; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 38.

³⁹⁴ Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 103.

³⁹⁵ *Simon*, Economics, bounded rationality and the cognitive revolution (1992).

liegt, macht die Erkenntnisse von der tatsächlichen Wirkung derartiger Informationspflichten interessant.

Wirklich neu ist die Verbindung Ökonomie und Psychologie aber auch wieder nicht. Schon *Adam Smith* beschrieb die psychologischen Aspekte des Verhaltens von Wirtschaftssubjekten in *The Theory of Moral Sentiments*.³⁹⁶ Aber auch *Roland Coase*, einer der Begründer der klassischen Rechtsökonomie der *Chicago School*, meinte, dass die Analyse des Rechts, stets die Reaktionen der Menschen auf die einzelnen Normen, vor Augen haben muss.³⁹⁷

Coase ging trotzdem davon aus, dass sich Menschen in ihrem Denkmodell rational verhalten (*rational choice*)³⁹⁸, was aber nicht immer der Fall ist. Die Gründe liegen in der allgemeinen psychisch-kognitiven Natur des Menschen. So zeigt sich eine Reihe von Verhaltensweisen, welche nicht unbedingt rational sind, aber für die Beurteilung von wahrscheinlich, menschlichen Verhaltensweisen mit einzubeziehen sind.

Bechtold teilt die Verhaltensabweichungen vom rationalistischen Verhaltensmodell vereinfacht in zwei Gruppen auf: In der ersten Gruppe geht es darum, dass der Mensch bloß beschränkt kognitive Fähigkeiten besitzt und in der zweiten Gruppe, darum, dass der Mensch nicht nur auf seinen eigenen Nutzen bedacht ist.³⁹⁹ Freilich ist zu ergänzen, dass beispielsweise Altruismus, Fairness und Böswilligkeit auch im Modell des *Homo oeconomicus* zu finden sind.⁴⁰⁰

Im sogenannten Ultimatum-Spiel macht ein "Spieler A" zunächst ein Angebot über die Aufteilung eines vorgegebenen Geldbetrags, welches "Spieler B" anschließend annehmen oder ablehnen kann. Akzeptiert er den Vorschlag von "Spieler A", so wird dieser umgesetzt und an die Spieler ausgezahlt. Lehnt er jedoch ab, so erhalten beide Spieler nichts. Ein *Homo oeconomicus* würde jedes Angebot annehmen, das größer als Null ist. "Spieler A"

³⁹⁶ *Tscheulin/Lindenmeier*, Der Einfluss verhaltenswissenschaftlicher Aspekte in den Wirtschaftswissenschaften, in *Tscheulin/Schüpbach*, Verhaltenswissenschaftliche Grundlagen in ökonomischen Systemen, 11; *Beck*, Behavioral Economics, 9.

³⁹⁷ *Englerth*, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, in *Englerth uA*, Recht und Verhalten, 11.

³⁹⁸ Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 96.

³⁹⁹ *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 24.

⁴⁰⁰ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 537.

weiß dies und bietet "Spieler B" folglich die kleinstmögliche Geldmenge an und beansprucht den Rest für sich. Das wäre rational.

Der praktische Versuch im Labor zeigt ein völlig anderes Verhalten. "Spieler B" lehnt Beträge ab, die eine zu einseitige Auszahlungsverteilung beinhalten. "Spieler A" sieht dies vorher und bietet deshalb Beträge zwischen 35 und 50 Prozent an.⁴⁰¹

Wie das Ultimatum-Spiel⁴⁰² beweist, sind zum einen gehässige Verhaltensweisen und zum anderen aber auch Fairnesserwägungen (die über das Eigeninteresse gehen), rational schwer erklärbar.

Schäfer/Ott⁴⁰³ sprachen 1999, in der dritten Auflage ihres Lehrbuches, bezeichnenderweise noch von "Verhaltensanomalien" und sahen damals deren Bedeutung noch als stark umstritten an.⁴⁰⁴ Als Anomalien wurden diese Verhaltensabweichungen in Bezug auf Abweichungen vom *Homo oeconomicus* gesehen. Der Mensch verhält sich aber in vielen Situationen nicht so wie im Modell, welches zu sehr rational geformt ist.

In der Zwischenzeit entwickelte sich innerhalb der Rechtsökonomie der neue Zweig der *Behavioral Law and Economics* (verhaltenswissenschaftlich-ökonomische Analyse des Rechts) weiter und wird mehr in die Rechtsökonomie rezipiert,⁴⁰⁵ und das auch im deutschen Rechtsraum.⁴⁰⁶ Das ökonomische Standardmodell, dass auf der Kunstfigur des *Homo oeconomicus* beruht, bildet kein akzeptables Abbild des in der Realität wirtschaftenden Menschen; es führt kein Weg daran vorbei, die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie zu berücksichtigen.⁴⁰⁷

⁴⁰¹ Vgl. Gabler, Wirtschaftslexikon, Stichwort: Ultimatumspiel.

⁴⁰² Holler/Illing, Einführung in die Spieltheorie, 26.

⁴⁰³ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts³, 63.

⁴⁰⁴ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts³, 67.

⁴⁰⁵ Bechtold, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 23.

⁴⁰⁶ Vgl. Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216ff; Englerth, Behavioral Law and Economics: eine kritische Einführung, Preprints for the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2004/11.

⁴⁰⁷ Fleischer/Schmolke/Zimmer, Verhaltensökonomie als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht, in: Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 11.

In weiterer Folge möchte ich die Untersuchung für die rechtsökonomische Betrachtung des zwingenden Rechts, zwar grundsätzlich am rational-theoretischen Verhaltensmodell ausrichten, dieses aber bei Bedarf ergänzen, dort wo es sich aus der Sache heraus ergibt. Die grundsätzliche, rational-theoretische Ausrichtung ist zweckmäßig, weil diese auf das Fundament der bekannten Wohlfahrtstheorie aufbaut und weil ich finde, dass der erste Zugang mehr auf einer rationalen Logik aufbauen sollte, auch wenn in einem zweiten Schritt diese Logik durch verhaltenspsychologische Tatsachen angepasst und kritisch hinterfragt werden muss.

Einige dieser "Anomalien" sollen hier kurz vorgestellt werden. Wie ich gleich zeigen werde, kommt diesen Anomalien ein sehr interessanter Stellenwert, für die Frage, wie im Vertragsrecht eine Bestimmung auszugestalten ist und ob sie zwingend oder dispositiv auszugestalten ist, zu.

1. Endowment-Effekt

Menschen schätzen eine Sache höher ein, wenn sie diese besitzen, als wenn sie diese nicht besitzen. Das gilt gerade auch bei Sachen, die keine Erinnerungsstücke darstellen.⁴⁰⁸

In einer Tauschsituation würden Menschen ein Gut unterschiedlich bewerten, je nachdem ob sie das Gut kaufen oder verkaufen wollen, sie schätzen dabei das Gut, welches sie hergeben müssen, tendenziell in ihrem Wert höher ein, als das Gut, welches sie dafür bekommen.

Dabei spielt auch die sogenannte Verlustaversion eine Rolle. Drohende Verluste irritieren den Menschen mehr, als nicht abgeholte Gewinne. Der Verlust wiegt schwerer als der Gewinn, daraus wird auch geschlossen, dass Menschen eine Handlungspräferenz zu Gunsten der Beibehaltung des Status quo haben.⁴⁰⁹

Nach der neoklassischen ökonomischen Theorie (rationalistisches Verhaltensmodell) bildet sich ein Marktpreis durch die Vorbehaltspreise von Käufern und Verkäufern, welche sich im Durchschnitt zu einem Marktpreis

⁴⁰⁸ Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 107.

⁴⁰⁹ Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, 360-368 und 564.

angleichen.⁴¹⁰ Wie im Modell (bei der Preisbildung) die verschiedenen Kosten behandelt werden, spielt dabei eine entscheidende Rolle. Man unterscheidet die Opportunitätskosten⁴¹¹ (das sind Kosten der entgangenen Nutzungen im Vergleich zur besseren, nicht realisierten Alternative) und die Kosten, die unmittelbar für die Handlungsalternative entstehen.

Bei den gebildeten Vorbehaltspreisen werden im rationalistischen Verhaltensmodell die Opportunitätskosten genauso behandelt, wie die unmittelbaren Kosten. Davon geht auch das Coase-Theorem⁴¹² aus.

Die Annahme, dass man die Opportunitätskosten mit den Kosten der Handlungsalternative gleichsetzen kann, ist empirisch von *Kahneman ua* im sogenannten Kaffeetassen-Experiment, mit dem der *Endowment*-Effekt bekannt wurde, widerlegt worden.⁴¹³ Der *Endowment*-Effekt bewirkt, dass Menschen eine Sache die ihnen gehört, für wertvoller halten, als eine gleiche Sache, die jemand anderem gehört. Im Kaffeetassen-Experiment werden zwei Teilnehmer Gruppen gebildet. Den Probanden der ersten Gruppe gibt man eine Tasse in die Hand und fragt, welchen Verkaufspreis sie fordern würden. Die Probanden der zweiten Gruppe fragt man, was sie zahlen würden, um den Becher zu bekommen. Der Preis, den die Verkäufer verlangen, ist durchschnittlich doppelt so hoch, wie der Preis, den die Käufer dafür auslegen wollen.

Diese Erkenntnis stellt einen der Grundpfeiler der ökonomischen Analyse des Rechts ein wenig in Frage.⁴¹⁴ Es ändert sich zwar nichts an der Tatsache, dass das Recht dazu beitragen kann, entsprechende *Pareto*-Verbesserungen durch das Möglichen von Verhandlungslösungen (und durch die Minderungen von Transaktionskosten) zu fördern, die unterschiedliche Bewertung, ob "ein Recht" (zB ein Verschmutzungsrecht wie im Fabrikbeispiel in B.3 angeführt) "verkauft" oder "gekauft" wird, sollte aber mitbedacht werden.

⁴¹⁰ Siehe II.B.4.

⁴¹¹ Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 21 Rz 110; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 53.

⁴¹² Siehe II.B.3.

⁴¹³ *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase-Theorem, *Journal of Political Economy*, Vol. 98 (1990), 1325-1348.

⁴¹⁴ Vgl *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 227-229.

Der *Endowment*-Effekt spielt, für die Frage, inwieweit es für das Vertragsrecht einen Sinn hat, zwingende/dispositive Bestimmungen einzusetzen, zweifellos eine interessante Rolle.

Für *Bechtold* zeigt der *Endowment*-Effekt dass, der Unterschied zwischen dispositivem und zwingendem Recht nicht so groß ist, wie die herkömmliche rechtsökonomische Analyse annimmt; er kann dispositives Vertragsrecht zu einem faktisch zwingenden Vertragsrecht werden lassen.⁴¹⁵

Für das dispositive Recht bedeutet der *Endowment*-Effekt auch, dass Menschen sehr wahrscheinlich eine vorgegebene Regelung nicht ändern werden, auch wenn dies möglich wäre und egal was sie mit einer Abweichung gewinnen könnten, denn ein eventueller Verlust wird höher eingeschätzt, als er tatsächlich ist. Der Effekt ist ebenso zu beachten, wenn es darum geht, eine dispositive Standardregel zu schaffen oder wenn sich die Frage stellt, ob man die Möglichkeit des *opt in* oder *opt out* geben soll. Es wäre für den Gesetzgeber ratsam, jene Regelung als Standard vorzugeben, die gesellschaftlich eher erwünscht ist.

Ein gutes Beispiel sind gesetzliche Regelungen bezüglich des Organspendens. Im Lichte der herkömmlichen ökonomischen Analyse ist es für die Wahl des Betroffenen unerheblich, ob hinein oder hinaus optiert werden kann, solange weder Transaktionskosten noch Informationsasymmetrien vorliegen (die ich im Fall der Organspende nicht für unerheblich halte).⁴¹⁶ In Ländern wo es eine *opt in* Regelung bezüglich der Organspende gibt (wie in Deutschland), ist die Bereitschaft wesentlich geringer, als in jenen Ländern wo man mit einer *opt out* Regelung (wie in Österreich), sich aktiv dagegen aussprechen muss, Organspender zu sein.⁴¹⁷ Es könnte aber einfach rationale Apathie vorliegen, da es Menschen gibt, denen es egal ist, was nach ihrem Ableben geschehen soll.

Auch könnten generell Optionsmodelle im Privatrecht mehr an Bedeutung gewinnen. *Bachmann* sieht in diesen Modellen die Möglichkeit, aus der "Alles-

⁴¹⁵ *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 237.

⁴¹⁶ *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 225.

⁴¹⁷ Für Österreich vgl. § 5 Organtransplantationsgesetz; *Engel*, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanleitung für Juristen, in *Engl uA*, Recht und Verhalten, 385.

oder-Nichts-Frage" zwingend oder dispositiv herauszufinden.⁴¹⁸ Jedoch muss man bedenken, dass Optionsmodelle auch zu einem höheren Regulierungsaufwand führen.⁴¹⁹

1. Framing-Effekte

Wenn eine Entscheidung zu treffen ist, werden aus der rein rationalen Sicht des *Homo oeconomicus* nur die relevanten Tatbestandselemente und Informationen herangezogen. Die Darstellung dieser Informationen und auch der Kontext der einzelnen Informationen zueinander, sollte keinen Einfluss auf die Entscheidung haben. Das dies aber in Wirklichkeit nicht so ist, kann man aus einem natürlichen Realitätsempfinden heraus schon nachvollziehen. Die Psychologie spricht von den sogenannten *Framing*-Effekten, bei denen scheinbar völlig belanglose Merkmale, wie die verschiedene Darstellungsformen einer Information, Entscheidungen in verschiedene Richtungen beeinflussen.⁴²⁰

Da gesetzlich vorgegebene Regelungen automatisch einem bestimmten "Frame" festlegen, können die daraus resultierenden Darstellungseffekte direkte Folgen für die Wirksamkeit von Gesetzen haben. Dieses *Framing* ist der Grund, dass bspw die Bezeichnung "Kindergeld" dafür verantwortlich ist, ob dieses Geld in das allgemeine Haushaltsbudget des Verbrauchers fließt und auch ob zB eine Steuerrückerstattung an den Verbraucher als "Bonus" oder "Rabat" bezeichnet wird, hat Einfluss auf das Konsum- und Sparverhalten der Zahlungsempfänger.⁴²¹

Auch bei der Ausgestaltung von vertragsrechtlichen Bestimmungen, spielt der *Framing*-Effekt eine Rolle. Besonders im Bereich des Verbraucherschutzes, wie beispielsweise im Verbraucherkreditgesetz,⁴²² wo im § 6 zahlreiche vorvertragliche Informationspflichten aufgestellt werden, um Informationsasymmetrien auszugleichen. Hier wird der Tatsache, dass die

⁴¹⁸ Bachmann, Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 1/2000, 13.

⁴¹⁹ Bachmann, Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 1/2000, 17.

⁴²⁰ Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, 447.

⁴²¹ Altmann/Falk/Marklein, Eingeschränkt rationales Verhalten: Evidenz und Implikation, in Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 73.

⁴²² BGBl I 2010/28 (DaKRÄG).

Darstellungsform der Informationen aufgrund des *Framing*-Effektes zu berücksichtigen ist, Rechnung getragen, in dem die betreffenden Informationen mittels eines EU-weit einheitlichen Formulars gegeben werden müssen. So soll die Manipulierbarkeit verhindert und der angestrebte Produktvergleich durch die Verbraucher gefördert werden.⁴²³

2. Zeitinkonsistente Präferenzen

Die mangelnde Einschätzung der eigenen Selbstkontrolle des Menschen über einen längeren Zeitraum, welche zu so allseits bekannten Phänomenen wie jener der gebrochenen Neujahrsvorsätze führt, haben mit den sogenannten zeitinkonsistenten Präferenzen des Menschen zu tun.

Diese passen nicht in das rationalistische Modell, wo sich eine Entscheidung zwischen zwei zeitlich verschiedenen Optionen nicht ändern dürfte, wenn beide Optionen um die gleiche Zeitspanne verschoben werden.

Beschließt ein Mensch heute, dass er lieber 12 Monate auf 120 Euro wartet, statt 10 Monate auf 100 Euro und sollte er nach Ablauf der 10 Monate nochmals vor der Wahl stehen, wann und wieviel Geld er bekommen will, würde er nach dem rationalistischen Modell des *Homo oeconomicus*, lieber erst in zwei Monaten 120 Euro erhalten wollen, statt 100 Euro sofort zu bekommen.

Experimente haben gezeigt, dass das einen Unterschied zwischen dem Denkmodell der *Homo oeconomicus* und dem Menschen gibt. Menschen würden zwar die 120 Euro in 12 Monaten bevorzugen, nehmen aber dann doch lieber sofort die 100 Euro. Man nennt das Verhalten der Menschen daher zeitinkonsistent.⁴²⁴

Es kommt dabei zu einer Unterbewertung, von in der Zukunft liegenden Nutzen und Aufwände, im Vergleich zu aktuellen Konsummöglichkeiten. *Schön* sieht in den Abweichungen, in der Form der Zeitinkonsistenzen die häufigsten

⁴²³ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 874, 875.

⁴²⁴ Vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 196.

Fälle, wo sich der Gesetzgeber mit zwingendem Recht einzugreifen, veranlasst sieht.⁴²⁵

Zeitliche inkonsistente Entscheidungen spielen eine Rolle beim Aufnehmen eines Kredites, beim Abschluss eines Vertrages über die Altersvorsorge, bei der Arbeitssuche, der Nahrungsaufnahme, dem Besuch eines Fitness-Studios, der Ausgestaltung von Mobilfunkverträgen und im Medien- und Tabakkonsum.⁴²⁶

3. Falsches Einschätzen von Wahrscheinlichkeiten

Eine weitere Gruppe von abweichendem Rationalverhalten lässt sich grob mit der falschen Einschätzung von Wahrscheinlichkeiten beschreiben. Je komplexer ein Problem ist, desto wichtiger ist es verschiedene Wahrscheinlichkeiten abschätzen zu können und Handlungsalternativen zu gewichten.

Menschen machen daraus kein mathematisches Problem der Wahrscheinlichkeitsrechnung, sondern sie nehmen mit Hilfe sogenannter Heuristiken eine mentale Abkürzung bei der Lösung des Problems.⁴²⁷

Im *Conjunction-Fallacy* wird gezeigt, dass Menschen aus vorgegebenen Informationen, Wahrscheinlichkeiten oft vollkommen falsch einschätzen und primär dieser Intuition folgen, obwohl offensichtlich, jede Logik dagegen spricht.⁴²⁸ Jemand der eine Entscheidung treffen muss und dem *Conjunction-Fallacy* unterliegt, hält den Eintritt eines Unterfalles einer bestimmten Ereignismenge für wahrscheinlicher, als den Eintritt eines Ereignisses aus der Gesamtmenge; dies kommt meistens dann vor, wenn besonders hervorstechende Informationen ein höheres Gewicht gegeben wird (es handelt sich insofern um einen Unterfall des *Framing-Effektes*). Es folgen zwei Beispiele dazu.

⁴²⁵ Schön, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung, in Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 1210.

⁴²⁶ Vgl. Bechtold, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 76.

⁴²⁷ Vgl. Beck, Behavioral Economics, 25ff.

⁴²⁸ Kahneman, Langsames Denken, schnelles Denken, 195; Altmann/Falk/Marklein, Eingeschränkt rationales Verhalten: Evidenz und Implikation, in Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 65.

Linda ist 31 Jahre alt, ledig, sehr intelligent und sagt offen ihre Meinung. Im Hauptfach hat sie Philosophie studiert. Als Studentin hat sie sich für Fragen der Gleichberechtigung und der sozialen Gerechtigkeit engagiert, außerdem hat sie an Demonstrationen gegen Atomkraftwerke teilgenommen. Welche der beiden folgenden Alternativen ist wahrscheinlicher? a) Linda ist Bankangestellte b) Linda ist Bankangestellte und in der Frauenbewegung aktiv. Viele würden b) für wahrscheinlicher halten. Logischerweise ist natürlich a) wahrscheinlicher. Wenn Flugzeugabstürze in den Medien gerade mehr präsent sind, wird dies dazu beitragen, dass sich die allgemeine Einschätzung mit einem Flugzeug abzustürzen, signifikant erhöhen wird. Informationen die leichter verfügbar, verinnerlichter oder präsenter sind, werden überbewertet.⁴²⁹

Im *Gamblers Fallacy* und im *Hot Hand Fallacy* werden aufeinanderfolgende Ereignisse, die man mit dem Setzen auf Rot oder Schwarz im Casino vergleichen könnte, falsch eingeschätzt, obwohl die Wahrscheinlichkeit von Rot oder Schwarz immer dieselbe, nämlich 50% ist. Gewinnt in aufeinanderfolgenden Würfeln immer eine Farbe, ist die Schlussfolgerung nach dem *Hot Hand Fallacy*, eine sehr wahrscheinliche, dass diese wiederkommen wird. Anders beim *Gamblers Fallacy*, hier wird, weil eine Farbe schon so oft gekommen ist, auf die andere gesetzt, in der Überzeugung, dass dies wahrscheinlicher ist. In Wirklichkeit beträgt die Wahrscheinlichkeit immer 50%.⁴³⁰

Wenn etwa 90% der U.S. amerikanischen Autofahrer sich selbst als überdurchschnittliche Autofahrer einschätzen, ist das ein Lehrbuchbeispiel für den sogenannten *overconfidence bias*.⁴³¹ Dieser Überoptimismus resultiert aus Informationsdefiziten und aus der verzerrten Informationsselektion. Der Mensch tendiert dazu, mehrdeutige Informationen so zu interpretieren, dass sie die von ihm gewünschten Schlussfolgerungen bestätigen.⁴³² Das kann dazu führen, dass die eigene Leistungsfähigkeit überschätzt wird und beispielsweise im Vorfeld eine hohe Vertragsstrafe akzeptiert wird, um einen entsprechenden Willen zur

⁴²⁹ Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 183.

⁴³⁰ Vgl. Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 184.

⁴³¹ Vgl. Beck, Behavioral Economics, 58.

⁴³² Vgl. Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 186.

Leistungsfähigkeit zu signalisieren.⁴³³ Wenn nun beim Misslingen der Leistung, die über dem eigentlichen Schaden liegende hohe Vertragsstrafe eingeklagt wird, stellt sich vom Standpunkt der *Behavioral Law and Economics* die Frage, inwieweit Gerichte Vertragsstrafen, die über dem eigentlichen Schaden liegen, zulassen sollen, wenn diese Vereinbarungen unter einem *overconfidence bias* zustande gekommen sind.⁴³⁴ Eng damit verwandt ist eine Verhaltensabweichung, die als Kontrollillusion bekannt ist: Für Teilnehmer einer Lotterie sind Lose, die sie selber aus der Lostrommel gezogen haben mehr wert, als Lose, die ihnen zugewiesen wurden.⁴³⁵

Derartige Fehleinschätzungen sind aus dem Alltag wohl vertraut, aber auch schon lange aus empirisch-psychologischen Untersuchungen bekannt (wie das Los-Experiment zeigt, das aus dem Jahre 1975 stammt).

Das Vertragsrecht nimmt auf die Neigung zum überoptimistischen Verhalten meistens mit zwingendem Recht Rücksicht. Im Verbraucherschutzrecht könnte man die entsprechenden Informations- und Aufklärungspflichten im Zuge des Vertragsabschlusses und auch die Rücktrittsrechte mit den beschränkten kognitiven Fähigkeiten der Verbraucher rechtfertigen, auch wenn es nicht alleine um diese Beschränkungen geht. Neben den "psychologischen Hemmnissen", wie *Doralt/Koziol* diese bezeichnen, sind es auch die wirtschaftliche Unterlegenheit, die mangelnden Rechtskenntnisse, und das nicht überprüfbare Warenangebot, welche schließlich zur Idee des Verbraucherschutzes geführt hat.⁴³⁶

Die entsprechenden Informationen zu geben, reicht vielleicht aus um eine gewisse formelle Informationsasymmetrie herzustellen, die dem *Homo oeconomicus* genügen würde, diese berücksichtigt aber die kognitiven Einschränkungen nicht wirklich.

⁴³³ Vgl. *Riha*, Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB, 198; *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁷, 127 ff.

⁴³⁴ *Englerth*, *Behavioral Law and Economics* – eine kritische Einführung, in *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker*, *Recht und Verhalten*, 115.

⁴³⁵ *Langer*, *The Illusion of Control*, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 32 No. 2 (1975), 311-328.

⁴³⁶ *Doralt/Koziol*, *Stellungnahme zum Ministerialentwurf des Konsumentenschutzgesetzes*, 1.

Die Frage bleibt, ob die Informationen überhaupt "ankommen" und verarbeitet werden können. So kann es auch umgekehrt zu gesetzlichen Informationsverboten kommen. *Klöhn* bringt ein Beispiel aus dem US-amerikanischen Kapitalmarktrecht, wonach es strikte Vorschriften darüber gibt, welche Informationen Emittenten veröffentlichen dürfen, bevor der Prospekt genehmigt wird.⁴³⁷

Die fehlende Selbsteinschätzung tritt beispielsweise bei Kreditverträgen zu Tage: Der Kreditnehmer wird nach den beschriebenen Effekten seine eigenen Fähigkeiten zur Rückzahlungsverpflichtungen nicht realistisch, weil er meist zu optimistisch ist, einschätzen können (*overconfidence bias*). Gleichzeitig wird er bestimmte Wahrscheinlichkeiten (Ehescheidung, Krankheit, Arbeitslosigkeit usw), die sich aus äußeren Einflüssen ergeben und für ihn nicht immer voll beherrschbar sind (*illusion of control*), nicht richtig einschätzen können. Auch die zeitlichen Inkonsistenzen des Menschen spielen gerade bei Kreditverträgen eine Rolle. Das klassische Informationsmodell stößt jedenfalls an seine Grenzen; die zwingenden Aufklärungspflichten im Verbraucherkredit werden daher von *Bechtold* als Beispiel herangezogen, um zu zeigen, wo mit zwingendem Recht das eigentliche Regelungsziel nicht erreicht wird.⁴³⁸

Zwingendes Vertragsrecht kann zwar einseitig Informationspflichten auferlegen, dies stellt aber nicht sicher, ob diese von der Zielperson entsprechend gewürdigt werden können. Das aus dem rational-theoretischen Verhaltensmodell kommende Informationsmodell müsste daher um einige Aspekte aus der verhaltensökonomischen Analyse erweitert werden. *Bechtold* kommt zusammenfassend auch zum Schluss, dass generelle Aussagen, das Informationsmodell schon mehr die Privatautonomie und sei das mildere Regulierungsmittel, einer genaueren Betrachtung bedürfen und nicht zu verallgemeinern sind.⁴³⁹

⁴³⁷ *Klöhn*, Der Beitrag der Verhaltensökonomik zum Kapitalmarktrecht, in *Fleischer/Zimmer*, Beitrag der Verhaltensökonomie zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 89.

⁴³⁸ *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 73.

⁴³⁹ *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 91.

III. ZWINGENDES GEWÄHRLEISTUNGSRECHT UNTER DEM ASPEKT DER INFORMATIONÜBERTRAGUNG

Im vorangegangenen Teil habe ich Möglichkeiten aufgezeigt, wie die Methode der rechtsökonomischen Betrachtung, die sich der Sicht des *Homo oeconomicus*⁴⁴⁰ bedient, hilfreich sein könnte, um den Sinn des zwingenden Rechts besser zu verstehen. Das rationalistische Denkmodell habe ich durch die Erkenntnisse der neueren *Behavioral Law and Economics* Bewegung⁴⁴¹ etwas relativiert und ergänzt. Im Folgenden geht es nun um das zwingende Gewährleistungsrecht.

Im Zuge dieser Arbeit habe ich schon auf mögliche rechtsökonomische Beurteilungskriterien hingewiesen. Nach dem Beurteilungskriterium von *Kaldor-Hicks*,⁴⁴² soll der Unternehmer die Kosten für die zwingende Gewährleistung, in die Produktpreise einkalkulieren.

In der Praxis wird es zahlreiche Umstände geben, in denen eine Entschädigung eines Unternehmers schwer durchführbar ist.⁴⁴³ Für die Gewährleistung könnte das bedeuten, dass die Übergeber die höheren Kosten nicht in die Produktpreise einrechnen können, weil dies bspw die herrschenden Marktgegebenheiten nicht erlauben. Daraus lassen sich aber kaum allgemeine Aussagen zum zwingendem Recht ableiten.

Viel interessanter erscheint die Tatsache, dass oftmals ein drohendes Marktversagen, welches man verhindern will, eine mögliche Rechtfertigung von zwingenden Regelungen ist.⁴⁴⁴ Die Gründe für Marktversagen sind jedoch sehr vielfältig und sollten apodiktisch nicht als Begründung herhalten. Zwingendes Recht kann in bestimmten Fällen sogar schuld am sogenannten Marktversagen sein.

⁴⁴⁰ Siehe II.A.4.

⁴⁴¹ Siehe II.E.

⁴⁴² Siehe II.B.2.

⁴⁴³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 20.

⁴⁴⁴ Siehe II.B.4.

Einer der möglichen Gründe, die mich hier interessieren, sind jene die sich aus Informationsasymmetrien ergeben. Dies möchte ich nun im Folgenden aus allgemeiner und aus der speziellen Sicht der Gewährleistung zeigen.

Ein Anbieter einer Leistung kann auf dem Markt durch Signale (ein sogenanntes *Signalling*) Aufmerksamkeit erlangen, wenn diese Signale (positiv) vom Erwartungswert der Nachfrager abweichen.⁴⁴⁵ Diese Signale können einerseits, in der Form von Werbung oder andererseits, aus besonderen freiwilligen Garantieangeboten, wodurch eine Differenzierung zu anderen Anbietern bewirkt wird, bestehen. Ein freiwilliges rechtsgeschäftliches Garantieangebot kann also auch als eine informationsübertragende Maßnahme begriffen werden.

Durch diese informationsübertragenden Wirkung kann eine Garantie eine Negativauslese (sogenannte *Adverse Selection*)⁴⁴⁶ verhindern. Eine Negativauslese kann bis zu einem Marktversagen führen. Die Negativauslese bewirkt, dass qualitativ höherwertige Leistungen vom Markt verdrängt werden, dadurch würde die allgemeine Wohlfahrt sinken.

Unter einer Garantie wird oft eine Erweiterung der gesetzlichen Gewährleistung verstanden, dies ist aber nicht ganz zutreffend, zumindest liegt bei Gewährleistungserweiterungen keine echte Garantie vor.⁴⁴⁷ Untersuchungen bezüglich der informationsübertragenden Wirkung haben wohl immer den echten Garantievertrag vor Augen, wonach der Garant gegenüber dem Begünstigten die Haftung für den noch ungewissen Erfolg eines Unternehmens übernimmt, zB in der zweipersonalen Garantie, wenn ein Hersteller dem Endabnehmer die Mangelfreiheit eines Produktes garantiert.⁴⁴⁸

Der springende Punkt ist nun, dass unter Umständen bei einer gesetzlich zwingenden Gewährleistung, ein zu hohes Mindestmaß vorgegeben wird, sodass ein Signalisieren von guter Qualität für den Verkäufer mittels einer Garantie nicht

⁴⁴⁵ Siehe III.B.4.b.

⁴⁴⁶ Siehe III.B.2.

⁴⁴⁷ Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 92.

⁴⁴⁸ Vgl. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 153.

mehr möglich ist. So könnte durch *Adverse Selection* ein Marktversagen hervorgerufen werden.

Für die Frage, ob nun eine Gewährleistungsbestimmung zwingend oder dispositiv sein soll, müssen in diesem Zusammenhang stehende Wirkungen, wie Risikoübernahmefunktionen, das Käufer *Moral Hazard*⁴⁴⁹, aber auch punktuelle Überlegungen, die sich aus der spieltheoretischen *Signalling-Hypothese*⁴⁵⁰ ergeben, mitbedacht werden. Auch muss man sich fragen, inwieweit, die Erkenntnisse aus *Behavioral Economics* eine Rolle spielen.

A. Rechtliche Würdigung von Informationsasymmetrien

Ich werde im Folgenden das grundsätzliche Problem der Informationsasymmetrie beim Vertragsabschluss erläutern.⁴⁵¹

Man kann nicht davon ausgehen, dass für ein bestimmtes Gut immer ein Markt existiert. Manchmal sind Märkte gar nicht vorhanden: Für allgemeine Staatsleistungen (zB Gerichtsbarkeit, Gesetzgebung) gibt es in der Regel keinen Markt. Manche Transaktionen werden ohne Märkte abgewickelt, da Anbieter und Nachfrager identisch sind zB Unternehmen die sich selbst finanzieren, ohne den Kapitalmarkt in Anspruch zu nehmen, das Wohnen im eigenen Haus und die Selbstversorgungswirtschaft.⁴⁵²

Gründe dafür, dass dies ohne Zuhilfenahme eines Marktmechanismus erfolgt, können (neben den angeführten Gründen) aber auch in der Informationsverteilung der Beteiligten liegen.

Für das Bestehen oder für das Entstehen eines Marktes ist die Informationssituation der Marktteilnehmer entscheidend. Ein Gleichgewichtspreis kann sich nur dann bilden, wenn genügend Marktteilnehmer ausreichend über die Marktsituation informiert sind.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Zum Begriff *Moral Hazard* siehe III.C.3.c.

⁴⁵⁰ Siehe III.C.3.b.

⁴⁵¹ Vgl allgemein *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht; er bringt die wohl umfassendste Darstellung des Themas.

⁴⁵² Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 102 Rz 064.

⁴⁵³ Vgl *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 97 Rz 048.

Das Besorgen von Informationen ist normalerweise mit einem Aufwand und Kosten verbunden. Diese Kosten sind Teil der Transaktionskosten, die vor einen Vertragsabschluss anfallen. Zumindest im einfachsten Marktmodell findet man derartige Kosten nicht abgebildet. Nur der Produktpreis wird der Produktmenge gegenübergestellt, woraus sich die Angebots- und Nachfragekurve bildet. Real sind diese Transaktionskosten aber nicht zu vernachlässigen, weder für den einzelnen Marktteilnehmer, noch für den Markt als Ganzes. Aus diesem Grund ist die Rechtsordnung bestrebt, Marktteilnehmern die Beschaffung von Informationen zu erleichtern, um so ihre Transaktionskosten zu reduzieren.

Marktteilnehmer sind auch nur bis zu einem gewissen Punkt bereit, in Informationen zu investieren. Der Grund dafür ist sehr oft rationales Eigeninteresse (rationale Apathie). Für einen effizienten Markt sind informierte Marktteilnehmer aber eine wichtige Voraussetzung und ermöglichen damit erst die Bildung eines Marktes.

Die Bedeutung von Information für die Ökonomie hat *George J. Stigler* im Jahr 1961, lange bevor man an das (durch Technologie induzierte) Informationszeitalter dachte, schon erkannt: *There are a great many problems in economics for which this neglect of ignorance is no doubt permissible or even desirable. But there are some for which this is not true, and I hope to show that some important aspects of economic organization take on a new meaning when they are considered from the viewpoint of the search for information.*⁴⁵⁴

Sein Artikel gilt zugleich auch als Beginn eines neuen Zweiges der Wirtschaftswissenschaften. Die Geburtsstunde der Informationsökonomie wurde damit eingeläutet.⁴⁵⁵ *Stigler* hat sich in seinem Artikel mit der Informiertheit der Marktteilnehmer bezüglich der Produktpreise (nicht aber über jene der Produktqualität!) auf einem Markt auseinandergesetzt.

Mit dem Preissuchmodell gibt er folgende Handlungsanleitung: Suche nur solange, bis die Grenzsuchkosten gleich der Grenzausgabeneinsparung sind. Danach ist es für Marktteilnehmer durchaus rational Informationslücken in Kauf

⁴⁵⁴ *Stigler*, The Economics of Information, The Journal of Political Economy, Vol 69 Issue 3 (Jun. 1961), 213.

⁴⁵⁵ Vgl *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 537.

zu nehmen, denn die erwartete Ersparnis für ein billigeres Produkt, wird rasch von den Kosten der Informationsbeschaffung aufgeessen.⁴⁵⁶

Stigler behandelte aber nur die Produktpreise aus informationsökonomischer Sicht: *"The search for knowledge on the quality of goods, which has been studiously avoided in this paper, is perhaps no more important but, certainly, analytically more difficult."*⁴⁵⁷

Erst fast zehn Jahre später, im Jahr 1970, hat sich George Arthur Akerlof, in diesem Zusammenhang, mit Produktqualitäten und den Informationsökonomischen Hintergrund beschäftigt.⁴⁵⁸

Opportunistisch handelnde Anbieter werden tendenziell versuchen ihre Produktangebote so zu gestalten, dass die Preise eher schwer vergleichbar sind. Diese Praxis fördert aber die Ineffizienz am Markt. Der Gesetzgeber sollte daher bestrebt sein, einen Informationsausgleich zu schaffen, zu ermöglichen oder am besten zu fördern, diesen aber nicht zu behindern.

Gesetzliche Bestimmungen, welche die Suchkosten für Marktteilnehmer, speziell jene der Verbraucher, verbilligen sollen, sind zB Preisauszeichnungspflichten oder die Eintragung der Preise in einer öffentlichen Datenbank, wie dies beim Verkauf von Treibstoffen an Tankstellen mittlerweile verpflichtend ist. Diese Bestimmungen sollen zur Verbesserung der Funktionen des Marktes beitragen.⁴⁵⁹

Die Kontrolle der Produktqualität durch Marktbehörden und die Förderung der Markttransparenz durch die Installierung von Börsen mit entsprechenden gesetzlichen Rahmenbedingungen trägt auch dazu bei, das Informationsniveau der Marktteilnehmer zu erhöhen und dadurch die Transformationskosten zu senken. Man denke dabei nur an die zahlreichen Informationspflichten von

⁴⁵⁶ Stigler, The Economics of Information, The Journal of Political Economy, Vol 69 Issue 3 (Jun. 1961), 220.

⁴⁵⁷ Stigler, The Economics of Information, The Journal of Political Economy, Vol 69 Issue 3 (Jun. 1961), 224.

⁴⁵⁸ Siehe III.B.

⁴⁵⁹ Vgl allgemein das Preisauszeichnungsgesetz BGBl. Nr. 146/1992, zum Spritpreismonitor: Preistransparenzgesetz, BGBl. I Nr. 54/2011 und die Preistransparenzverordnung, BGBl. II Nr. 246/2011.

börsennotierten Unternehmen.⁴⁶⁰ Dies sind Maßnahmen, welche im Rahmen des öffentlichen Wirtschaftslenkungsrechts getätigt werden. Gemeinsam mit dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb⁴⁶¹, bilden sie die Speerspitze marktrechtlicher Maßnahmen.

Das Privatrecht scheint dabei oft eine geringere Rolle zu spielen. Zu Unrecht, denn Beiträge, die das Privatrecht leisten könnte, setzen direkt an der Wurzel, bei den Vertragsparteien an, sie können daher treffsicherer sein.

Zur Überwindung von Informationsdefiziten kann das Zivilrecht schon einen ganz grundlegenden Beitrag leisten, denn im Vertragsrecht finden sich Bestimmungen, die über ihre Informationsweitergabe-Funktion helfen, die Transaktionskosten zu senken und die Informiertheit der Vertragsparteien zu verbessern. Auch wenn die Verhinderung von Marktversagen nicht unbedingt Ziel der Regelungen ist, beeinflussen diese Bestimmungen auch das Marktgeschehen zum Teil erheblich.

Die Kernfrage solcher Überlegungen, bezogen auf den Kaufvertrag, ist: Muss sich der Käufer die Informationen selbst besorgen und gilt somit der Grundsatz *caveat emptor* oder darf er sich (zu einem gewissen Teil) darauf verlassen, dass er vom Verkäufer die entsprechenden Informationen geliefert bekommt und diese auch stimmen?

Im Privatrecht (speziell im Vertragsrecht) betrachtet man das Problem unter der Überschrift des Vertrauensschutzes. Wann kann und darf man auf welche Informationen vertrauen, wann muss man selber den Aufwand in Kauf nehmen und sich die Informationen beschaffen?⁴⁶² Auch vor diesem Hintergrund sind die Normen zu sehen, welche sich mit Wissensunterschieden der Verhandlungspartner beschäftigen. Diese können in ihrer regelungstechnischen Umsetzung sowohl als zwingend als auch als dispositive Normen ihre erwünschten Wirkungen erzielen. Die Rechtswissenschaft hat die Frage, ob und

⁴⁶⁰ Vgl. Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 3/729.

⁴⁶¹ Vgl. § 2 Abs 1 Z 4 UWG.

⁴⁶² Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 556 ff.

in welchem Ausmaß jetzt der Grundsatz *caveat emptor* gilt, schon sehr lange diskutiert.⁴⁶³

In der Ökonomie sind Fragen der Information im Zuge von Vertragsabschlüssen, wie bereits oben gezeigt, erst seit dem Aufsatz von *Stigler*⁴⁶⁴ in den Fokus gerückt.

Im Folgenden soll kurz erörtert werden, wo informationsübertragende Vertrauensschutzbestimmungen im Vertragsrecht zu finden sind und inwieweit diese, zwingend ausgestaltet sind.

1. Vertragsabschlussmechanismus

Die Privatautonomie, besonders in ihrer Erscheinung als Vertragsfreiheit, verlangt von einer Rechtsordnung einen Rahmen, welcher das Zustandekommen, die Gültigkeit und die rechtliche Haltbarkeit von Vereinbarungen festlegt.

Man könnte meinen, dass dieser Rahmen nicht geändert werden darf und somit von zwingendem Charakter sein muss. Dem ist aber nicht so.

Hellgardt zieht in seiner Untersuchung zu den allgemeinen Vertragsabschlussregeln des BGB das Fazit, dass ein Großteil der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre grundsätzlich disponibel ist. Lediglich hinsichtlich der Reichweite der privatautonomen Veränderungen bestehen Unterschiede im Detail.⁴⁶⁵ Das trifft mE auch für das ABGB zu.

Man kann die Regelungen zum Vertragsabschluss (§§ 861 ff ABGB) mit der informationsökonomischen Brille betrachten. Informationsasymmetrien finden zwar noch keine Berücksichtigung, aber man kann sie als eine Art Anleitung sehen, wie Informationen, in welchem Zusammenhang verstanden werden können oder müssen.

⁴⁶³ *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 21, führt in diesem Zusammenhang die Vertragsethik Ciceros an, welche auf das griechisch-hellenistische Naturrecht zurückgeht.

⁴⁶⁴ *Stigler*, The Economics of Information, The Journal of Political Economy (1961), 213ff.

⁴⁶⁵ Für das BGB vgl. *Hellgardt*, Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags, AcP 213 (2013), 760–825.

Die Möglichkeit Verträge zu schließen, ist die praktische Umsetzung des Prinzips der Privatautonomie. Bestimmungen, die den Vertragsabschlussmechanismus im Privatrecht regeln, tragen dem Prinzip der Privatautonomie dahingehend Rechnung, dass das, was von den Vertragsparteien gewollt ist, Inhalt eines gültigen Vertrages sein soll.⁴⁶⁶ Es muss aber in diesem Zusammenhang gleichzeitig eine Abwägung mit einem zweiten Prinzip vorgenommen werden, nämlich dem Vertrauen des Erklärungsempfängers, welches auch geschützt werden soll.⁴⁶⁷

Gibt es einen übereinstimmenden Parteiwillen, ist dieser vorrangig – dies ist das oberste Prinzip des Vertrages und steht noch vor der Auslegung nach dem objektiven Erklärungswert.⁴⁶⁸

Eventuelle Informationsasymmetrien wirken sich im Zuge des gesetzlichen Vertragsabschlussmechanismus (noch) nicht aus, da die Vertrauens Theorie auf den Empfängerhorizont und den objektiven Erklärungswert abstellt. Willensmängel, die auf Informationsasymmetrien zurückzuführen sind, sind aber in weiterer Folge für eine Anfechtung des Vertrages mittels Gestaltungsrechts von Bedeutung.

Es ist erlaubt auch (zB wirtschaftlich) "schlechte" Verträge abzuschließen. Eine Vereinbarung muss, aus der Sicht eines Dritten, nach keinen "objektiven" Kriterien vernünftig sein, auch ist es grundsätzlich nicht relevant ob, der Vertrag volkswirtschaftlich sinnvoll ist.⁴⁶⁹ Die Frage: Was ist wichtiger, die Vertragsfreiheit oder die Vertragsgerechtigkeit, lässt sich zugunsten der Vertragsfreiheit beantworten.⁴⁷⁰ Praktisch gesehen stellt sich bei "schlechten" Verträgen oft die Frage nach deren Gültigkeit.

Hier kommen dann besonders die rechtlich anerkannten asymmetrischen Informationszustände zum Tragen. Somit kann man ergänzen, dass "schlechte" Verträge nur gültig sind, wenn sie nicht auf (die gesetzlich anerkannten) Informationsasymmetrien beruhen.

⁴⁶⁶ Siehe § 914 ABGB oder auch § 133 BGB.

⁴⁶⁷ Vgl Zur Vertrauens Theorie *Apathy/Riedler* in § 863 Rz 1 *Kodek/Schwimann*.

⁴⁶⁸ *F. Bydlinski*, Privatautonomie, 39.

⁴⁶⁹ Vgl *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse⁵, 499.

⁴⁷⁰ *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht, 25.

2. List § 870 ABGB

Die schwerwiegendsten Formen der Missachtung von Informationsoffenlegungspflichten werden im ABGB durch den Tatbestand der List nach § 870 ABGB berücksichtigt. Danach kommt ein Vertrag, welcher durch eine vorsätzliche Täuschungshandlung herbeigeführt wurde, zwar anfangs zustande, kann aber, innerhalb der relativ langen, allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren ab Vertragsabschluss, vom Getäuschten durch eine einseitige Willenserklärung angefochten werden.

Die Täuschungshandlung besteht darin, dass der Vertragspartner durch Vorspiegelung falscher Tatsachen oder Unterdrückung wahrer Tatsachen, vorsätzlich sein Gegenüber in einen Irrtum führt oder bewusst in einem bereits vorliegenden Irrtum belässt oder ihn bestärkt, um so zu einem Vertragsabschluss zu kommen.

Eine vertragliche Vereinbarung die darauf hinausläuft, die Möglichkeiten zu beschränken, einen Vertrag wegen List aufzuheben, ist nicht gültig. § 870 ABGB ist daher zwingendes Recht.⁴⁷¹ Wäre die Bestimmung des § 870 dispositiv, würde sie wohl nicht ihren Sinn erfüllen. Da der Täuschende seine Handlung mit Vorsatz begeht, würde er sich in diesem Fall immer eine Freizeichnung bei seinem Vertragspartner einholen.

Ein Gedankenexperiment: Was wäre, wenn es die vertragsrechtliche Bestimmung des § 870 ABGB nicht geben würde? Die Marktteilnehmer, die bewusst mit falschen Tatsachen Vertragsabschlüsse herbeiführen, würden im Laufe der Zeit vom Markt verdrängt werden. Es würde in weiterer Folge dazu kommen, dass der Tatbestand des § 870 ABGB von den Vertragsparteien entweder einzelvertraglich nachgebildet würde oder es würden sich seriöse Händler zusammenschließen, die sich freiwillig einen "Ehrenkodex" auferlegen, um zu signalisieren, dass man ihnen vertrauen kann. Käufer würden nur noch Verträge mit Personen abschließen, deren Vertrauenswürdigkeit sie beurteilen können. Vertragsabschlüsse mit nicht bekannten Personen würde es nicht oder nur mit einem erheblichen Risikoaufschlag und Sicherheiten geben. Neue Marktteilnehmer hätten es viel schwerer, am Markt Fuß zu fassen. Das

⁴⁷¹ Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 870 Rz 30.

Gedankenexperiment zeigt, dass dabei eine wesentliche Kernaufgabe des Vertragsrechts zum Tragen kommt: Vertragsrecht soll anonyme Transaktionen zwischen Personen, die sich nicht persönlich vertrauen müssen, erleichtern.⁴⁷²

Um dieses Vertrauen herzustellen, ist ein entsprechender Aufwand nötig. Dies sind Transaktionskosten. Der zwingende Tatbestand des § 870 ABGB bewirkt, dass diese Art von Transaktionskosten herabgesetzt werden. Es wird gesetzlich ein Tatbestand gebildet und fixiert, den vernünftige Vertragsparteien in ihre Einzelvereinbarung aufgenommen hätten. Das müssen sie jetzt nicht mehr tun, sie haben sich somit einen Teil der Transaktionskosten erspart. Dies wirkt sich insgesamt effizienzfördernd aus.

3. Irrtum § 871 ABGB

Sanktioniert § 870 ABGB vorsätzliche Täuschungshandlungen mit der Möglichkeit der Vertragsaufhebung, geht der Tatbestand des Irrtums nach § 871 ABGB sogar noch einen Schritt weiter. Nicht nur ein bloß "fahrlässiges" Täuschen des Vertragspartners führt zur Möglichkeit den Vertrag zu wandeln, es reicht auch schon ein kausales Verursachen eines Irrtums beim Berechtigten. Nicht einmal ein fahrlässiges Verschuldenselement ist notwendig.

Die Bestimmung geht sogar noch weiter, da der Irrende auch ein Wandlungsrecht hat, wenn sein Vertragspartner es erkennen hätte müssen, dass sein Gegenüber irrt. Auch wenn der Vertragspartner des Irrenden noch nichts zur Vertragserfüllung getan hat und somit keinen Nachteil (mit Ausnahme seiner Opportunitätskosten) aus der Vertragsauflösung hätte, kann angefochten werden.

Allgemein zwingend ist diese Bestimmung im Gegensatz zur List nicht; nur beim grob fahrlässig verursachtem Irrtum, ist eine Anfechtung trotz vorherigen Verzichts möglich.⁴⁷³ Sonst kann das Anfechtungsrecht a priori vertraglich ausgeschlossen werden. Außer beim Verbrauchergeschäft verhindert dies § 6 Abs 2 Z 14 KSchG.

⁴⁷² Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 427.

⁴⁷³ Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 871 Rz 65.

4. Culpa in contrahendo

Eine weitere Berücksichtigung asymmetrischer Informationszustände ist, neben § 870 ABGB und § 871 ABGB, die aus einer OGH-Entscheidung aus dem Jahr 1975 hervorgegangene, *culpa in contrahendo*.

Denn "...mögliche Geschäftspartner treten schon mit der Kontaktaufnahme in ein beiderseitiges vorvertragliches Schuldverhältnis, das sie insbesondere verpflichtet, einander über die Beschaffenheit der in Aussicht genommenen Leistungsgegenstände aufzuklären und Umstände mitzuteilen, die einem gültigen Vertragsabschluss entgegenstehen; eine Verletzung dieser Verpflichtungen macht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1295 ABGB schadenersatzpflichtig..." so der Tenor aus der SZ 48/102.

Anders als in Deutschland, wo die *culpa in contrahendo* mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz⁴⁷⁴ aus dem Jahr 2002 im BGB nun gesetzlich geregelt ist, gibt es im ABGB keine kodifizierte gesetzliche Regelung. Hier wurde die *culpa in contrahendo* anhand einer Analogie aus §§ 866, 869, 874, 878 ABGB sowie von der Lehre und der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt.⁴⁷⁵

Welser, welcher die *culpa in contrahendo* in Fortführung von Frotz⁴⁷⁶ dogmatisch weiter ausbaute, verwies auch schon auf die ökonomischen Gründe, die für eine Haftung beim Vertragsabschluss sprechen würden.⁴⁷⁷

Die vorvertraglichen Aufklärungspflichten sind demnach das Ergebnis einer Interessensabwägung, welche beim Aufstellen von schadenersatzrechtlichen Pflichten generell angestellt werden müssen. Die Interessensabwägung ist im konkreten Fall zwischen der Handlungsfreiheit, der Bewegungsfreiheit und dem Güterschutz vorzunehmen. Dabei wird man sich, wenn nur das bloße Vermögen in Gefahr ist und keine Schutzgesetze verletzt werden, im Rahmen der Deliktshaftung, für die Handlungsfreiheit entscheiden. Informationen zu erteilen,

⁴⁷⁴ dBGBl Teil I 3138 v 26.11.2001.

⁴⁷⁵ Vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 17.

⁴⁷⁶ Frotz, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo in Faistenberger (Hrsg), Gedenkschrift Franz Gschnitzer (1969), 163ff.

⁴⁷⁷ Welser, Das Verschulden beim Vertragsschluß im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 284.

soll (abgesehen von vorsätzlichen Schädigungshandlungen) nicht mit der Gefahr belastet sein, für eventuelle Schäden aufkommen zu müssen. Diese Gefahr würde den Geschäftsverkehr zu sehr belasten oder gar zum Erliegen bringen, meint *Welser*.

Die drohende Uferlosigkeit, der zu erwartenden Ansprüche, soll hierbei wohl auch mitgedacht werden. Aus dem Kriterium der Belastung des Geschäftsverkehrs, ist aber auch der Standpunkt des Vertragspartners nicht zu vergessen. Wenn – bis auf vorsätzliche Täuschung – nicht darauf vertraut werden kann, dass man vor unrichtigen Informationen, die man vorvertraglich erhält, in irgendeiner Form geschützt ist. Die drohenden Schäden sieht *Welser*, im Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss nicht als uferlos.

Die Tatsache, dass es eine Haftung aus *culpa in contrahendo* gibt, ist ein Gebot der Wirtschaftlichkeit: Es ist leichter und billiger über die eigene Leistungsbereitschaft Angaben zu machen, als es für den Vertragspartner ist, dies bei seinem Gegenüber herauszufinden.

Die Vorgehensweise, der sich *Welser* hier bedient, entspricht dem Prinzip des *cheapest cost avoider*. Es besagt, dass ein mögliches Risiko, welches nicht vertraglich berücksichtigt wurde, demjenigen zugeordnet werden soll, der es mit dem geringsten Aufwand beherrschen kann. Hätten die Parteien ex ante ein bestimmtes Risiko erkannt, dann hätte wohl der *cheapest cost avoider* dieses Risiko vertraglich übernommen – das ist ein Ergebnis auf Basis der ergänzenden Vertragsauslegung.⁴⁷⁸

5. Laesio enormis

Bei der Bestimmung "Verkürzung über die Hälfte" nach § 934 ABGB können Störungen der objektiven Äquivalenz, die ein bestimmtes Ausmaß überschreiten, ausgeglichen werden. Die Bestimmung findet ihre Anwendung bei entgeltlichen Geschäften.⁴⁷⁹ Informationsasymmetrien spielen gerade bei dieser Bestimmung auch eine wichtige Rolle.

⁴⁷⁸ *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 436; und die Aussage der sogenannten *Learned Hand-Formel* (vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 182).

⁴⁷⁹ *Gruber in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 934 Rz 1.

Irrtümer über den (gemeinen) Wert einer Leistung sind, im Rahmen der Vertragsanfechtung wegen Irrtums nach § 871 ABGB, wegen ihrer Qualifikation als Motivirrtum, nicht relevant. Es besteht somit grundsätzlich keine Pflicht, über den Wert (nicht über wertbildende Eigenschaften) einer Leistung den Vertragspartner zu unterrichten – es ist in der Regel zulässig derartige Wissensvorsprünge auszunützen.⁴⁸⁰

Eine Grenze bilden nur die Regelungen, welche an einen Mangel im Willensbildungsprozess wie List, Irrtum oder Wucher anknüpfen. Darüber hinaus bildet "die Verkürzung über die Hälfte" eine objektive Grenze, wenn der Wissensvorsprung zu einer groben Äquivalenz-Störung führt, sodass man weniger als die Hälfte bekommt, als man gegeben hat.

Durch die *laesio enormis* droht jenem eine Vertragsaufhebung, für den sich ein Geschäft, als besonders günstig erwiesen hätte. Der Gesellschaft kann dadurch möglicherweise, die Versorgung mit neuen Informationen abhandenkommen. Aus rechtsökonomischer Sicht könnte man dem Institut der *laesio enormis* daher kritisch gegenüberstehen, da die Tendenz einer Einebnung von Informationsunterschieden besteht.⁴⁸¹

6. Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen

Zeichnet man gedanklich eine Zeitachse und bildet die Entwicklungsstadien einer Vertragsbeziehung ab, dann bildet der Zeitpunkt der Annahme der Leistung, vertragsrechtlich eine wichtige Zäsur. Der bereits gültige Vertrag kommt in ein Erfüllungsstadium, in dem die geschuldete Leistung angenommen wird und die gesetzlichen Gewährleistungsbestimmungen der §§ 922 ff ABGB zum Tragen kommen. Auch wenn dies nicht auf dem ersten Blick unmittelbar offensichtlich erscheint, spielen Informationsasymmetrien auch hier bei der Gewährleistung eine Rolle.

Was bezweckt die Gewährleistung? Die Bestimmungen der Gewährleistung sollen die subjektive Äquivalenz wahren (nicht wie bei der *laesio enormis*, die objektive). Jede Partei macht sich eine Vorstellung, was denn die Leistung der

⁴⁸⁰ Winner, Wert und Preis im Zivilrecht, 148.

⁴⁸¹ Vgl. Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 222.

Gegenseite wert ist und trifft dann eine Entscheidung, ob die (subjektiv) gebildeten Wertvorstellungen dem entsprechen, was der Vertragspartner als Gegenleistung verlangt.⁴⁸²

Keine Gewährleistung gibt es gemäß § 928 ABGB für Mängel an einer Sache, wenn diese Mängel in die Augen fallen oder leicht aus öffentlichen Büchern erkennbar sind. Maßgeblicher Zeitpunkt ist jener bei Vertragsabschluss. Man nimmt an, dass der Mangel inhaltlich, schon im Zuge der Vertragsverhandlungen, berücksichtigt werden konnte. Eine Begründung, die auf *Franz von Zeiller*⁴⁸³ zurückgeht. *Zeillers* Argumentation trägt schon die Idee des informationsübertragenden Charakters der Gewährleistung in sich. Ein offensichtlicher Mangel kann nicht mehr als Anlass herangezogen werden, um opportunistisch im Nachhinein eine bessere Leistung zu erhalten, es besteht diesbezüglich keine Informationsasymmetrie mehr.

Da man dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anknüpft, ist der Anwendungsbereich des § 928 ABGB auf den Spezieskauf eingeschränkt.⁴⁸⁴ Auch gilt diese Einschränkung der Gewährleistung für den Werkvertrag nicht, da zum Vertragsabschluss das Werk noch nicht vorhanden und somit der Mangel nur schwer sichtbar ist.⁴⁸⁵

Betrachtet man dies und die sich aus der Definition ergebenden gesetzlichen Einschränkungen durch die Brille des Informationsregimes, trifft dem Käufer somit eine "Obliegenheit zur Erkenntnissorgfalt"⁴⁸⁶ und er muss sich diesbezüglich selber um die Informationen kümmern – frei nach dem Sprichwort: "Augen auf, Kauf ist Kauf!". Nur bei arglistig verschwiegenen Mängel und bei einer ausdrücklichen Zusage der Mangelfreiheit, ist der Erwerber auch von der Obliegenheit zur Erkenntnissorgfalt befreit.⁴⁸⁷

Insoweit kann man die Bestimmungen des Gewährleistungsrechts genauso als Schutz vor falschen Informationen verstehen, wie beispielsweise die

⁴⁸² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 65.

⁴⁸³ Vgl. *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 473 mit Verweis auf *Zeiller*, Kommentar Bd II/1 (1812), 131.

⁴⁸⁴ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 928 Rz 4.

⁴⁸⁵ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 928 Rz 5.

⁴⁸⁶ *Wilhelm*, JBl 1981, 203.

⁴⁸⁷ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 928 Rz 21.

Bestimmungen der List, die aber zeitlich schon vor dem Eintritt des Vertrages in das Erfüllungsstadium greifen.

Gewährleistung ist nach § 929 Fall 2 ABGB dispositiv. Eine rechtsgeschäftliche Beschränkung oder aber auch ein gänzlicher Ausschluss der Gewährleistung ist grundsätzlich zulässig. Eine Grenze bildet jedoch die Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB, an welcher eine an sich gültige rechtsgeschäftliche Beschränkung, gemessen wird.⁴⁸⁸

Für den Bereich der Verbrauchergeschäfte ist das im ABGB geltende, grundsätzlich dispositive, Wirkungsprinzip der Gewährleistung (wenn auch mit Einschränkungen) genau umgedreht. Nach § 9 KSchG ist Gewährleistungsrecht beim Verbrauchergeschäft generell praktisch zwingend, Ausnahmen gibt es unter bestimmten Umständen nur bei gebrauchten, beweglichen Sachen.

Es ist wohl typischerweise so, dass der Verkäufer über den Kaufgegenstand gut informiert ist. Der Käufer hingegen keine Informationen hat, bzw sich diese nur durch einen entsprechend, höheren Aufwand (wenn überhaupt) besorgen kann, was zweifellos ineffizient ist. Wenn dem Verkäufer nun zwingend, (durch strenge gesetzliche Gewährleistungsbestimmungen) die Transparenz der Produktbeschaffenheit sowie eine Garantie darüber auferlegt wird, so ist dies effizienzfördernd. Die Informationsasymmetrien sind ausgeglichen und ein Beitrag zu unerwünschten Marktversagen scheint gebannt zu sein.

Was jedoch nicht beachtet wird ist, dass ein anderes Problem durch eine zwingende Ausgestaltung in den Vordergrund rücken könnte, nämlich jenes der *Adversen Selection* (Negativauslese). Das bedeutet, dass sich unter bestimmten Umständen Produkte von schlechter Qualität durchsetzen und gute Qualität vom Markt verdrängt. Es handelt sich dabei auch um eine Form des Marktversagens. Wenn gute Qualität aus den Märkten verdrängt wird, kann das auch nicht im Sinne des Übernehmers (und schon gar nicht im Sinne des Verbrauchers) sein. Es könnte somit durch die unbedachte (wenn auch mit dem Blick auf die Effizienz, gut gemeinte) zwingende Ausgestaltung der Gewährleistungsregeln genau zu dem kommen, was man eigentlich verhindern wollte, nämlich Ineffizienz.

⁴⁸⁸ Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 929 Rz 13.

Das Problem der *Adversen Selection* hat zum ersten Mal *Akerlof*, in seinem berühmt gewordenen Aufsatz "*The Market for the Lemons*", genauer untersucht.

B. Das Marktversagen im "Market for the Lemons"

Im nun folgenden Abschnitt möchte ich das Modell von *Akerlofs* "*Market for the Lemons*" (Zitronenmodell) und den sich daraus ergebenden Effekt der *Adversen Selection* beschreiben. Das Modell liefert, für die Beurteilung des zwingenden Gewährleistungsrechts, wertvolle Hinweise.

1. Grundannahme: perfekte Rationalität

Akerlof geht bei seiner Analyse vom klassischen Menschenbild des *Homo oeconomicus* aus.⁴⁸⁹ Eine wichtige Grundannahme, die der folgenden Darstellungen zugrunde liegt, ist die Vermutung der perfekten Rationalität des Menschen. Die ökonomische Theorie geht davon aus, dass der Mensch seine Handlungen danach ausrichtet und kognitiv auch dazu in der Lage ist, dass er seinen Nutzen maximiert.⁴⁹⁰ Eine der Hypothesen der klassischen ökonomischen Theorie besteht in der Annahme, die Menschen verfolgten ihre eigenen, egoistischen Interessen und gingen bei der Verfolgung dieser Ziele rational vor – es handelt sich dabei um die sogenannte *REMM* Hypothese (*resourceful, evaluating, maximizing man*).⁴⁹¹ Eine Hypothese die, wie ich oben schon dargestellt habe, im Lichte der Erkenntnisse aus dem Gebiet der *Behavioral Economics*, nicht mehr ganz so gelten kann.⁴⁹²

Später werde ich darlegen wie beim Wegfall der Annahme des perfekt rational denkenden Menschen, die Ergebnisse und die Schlussfolgerungen die sich aus diesem Modell ergeben, in einem ganz anderen Licht erscheinen.⁴⁹³

2. Adverse Selection

⁴⁸⁹ Zum Verhaltensmodell der klassischen ökonomischen Analyse siehe II.A.4.

⁴⁹⁰ Vgl. *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 33.

⁴⁹¹ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 95.

⁴⁹² Siehe II.E.

⁴⁹³ Siehe IV.

Dass die Informationssituation eines Marktes auf die beteiligten Marktakteure nicht bloß eine direkte Auswirkung hat, sondern über eine Metaebene auch einen Effekt für den ganzen Markt (die sich in einer Rückkopplung dann auch auf die Marktakteure auswirkt) zeigt die Untersuchung von Akerlof.⁴⁹⁴ Dabei führen Informationsasymmetrien zu nicht wünschenswerten Effekten, die darin bestehen, dass qualitativ bessere Leistungen vom Markt nicht "belohnt", sondern eher "bestraft" werden.

Akerlof geht von der Erscheinung aus, die vielleicht jeder schon einmal selber beobachten konnte, nämlich, dass neu gekaufte Autos schon nach relativ kurzer Zeit überproportional an Wert verlieren. Dieses Alltagsphänomen hat sich Akerlof genauer angesehen:⁴⁹⁵ *"The example of used cars captures the essence of the problem. From time to time one hears either mention of or surprise at the large price difference between new cars and those which have just left the showroom. The usual lunch table justification for this phenomenon is the pure joy of owning a "new" car. We offer a different explanation."*⁴⁹⁶

Aus der Erklärung warum es dieses Phänomen gibt und aus den daraus gezogenen Schlüssen (siehe unten), leitet er ab, dass Informationsasymmetrien auch dazu führen können, dass Anbieter von qualitativ höherwertigen Waren nicht mehr bereit sind, ihre Waren anzubieten, da sie nicht mehr den entsprechenden Preis dafür erhalten. Dies führt zu einem nicht pareto-effizienten Zustand. Es stellt so auch eine Form des unerwünschten Marktversagens dar, welches es mit der Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingung, zu verhindern gilt.

Was hat nun Akerlof genau untersucht und wie erklärt er, dass ein Auto in den ersten Monaten nach Inbetriebnahme, dermaßen schnell und überproportional an Wert verliert, ohne dies mit *"the pure joy of owning a new car"* zu erklären? Welche Rolle spielen Informationen dabei?

⁴⁹⁴ Akerlof, The Market for the Lemons, Quarterly Journal of Economics (1970), 488.

⁴⁹⁵ Darstellungen des Akerlof-Modells finden sich zB in Streissler, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 119; Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 370; Fleischer, Informationsasymmetrie, 121; Emons, Wirtschaftsdienst 2001/IX, 664.

⁴⁹⁶ Akerlof, The Market for the Lemons, Quarterly Journal of Economics (1970). 488.

Akerlof betrachtete einen Modellmarkt, in dem verschiedene Qualitäten eines Produktes gehandelt werden. Für die Käufer ist die Qualität des einzelnen Produktes nicht feststellbar. Nur die Durchschnittsqualität ist bekannt. Aus dieser Annahme heraus fragt *Akerlof*, was dies für die Theorie des Marktes bedeuten kann.

Er entwirft dabei ein Marktmodell, das dem US-amerikanischen Gebrauchtwagenmarkt, nachgebildet ist. Die qualitativ guten Autos werden dabei als *Peaches*, schlechte Autos als *Lemons* bezeichnet. Im Modell herrscht eine asymmetrische Informationsverteilung bezüglich der Qualitäten. Das bedeutet, dass Verkäufer von gebrauchten Autos, gut über die Qualität ihrer Autos Bescheid wissen, den Käufern ist aber nur die Durchschnittsqualität aller angebotenen Autos bekannt, sie können nicht die Qualität eines einzelnen Fahrzeuges beurteilen. Das Modell sieht ferner vor, dass es für die Marktteilnehmer keine Möglichkeit eines Informationsaustausches gibt.

Akerlof folgert daraus, dass sich ein einheitlicher Durchschnittspreis bildet, welcher aber bloß dem von Autos in der Durchschnittsqualität entspricht. Das hat wiederum zur Folge, dass Anbieter qualitativ höherwertiger Autos tendenziell ihre Autos nicht anbieten werden, da ein entsprechender Preis nicht zu erzielen ist.⁴⁹⁷

Er erweitert seine Betrachtungen und wendet dieses Modell für ähnlich gelagerte Sachverhalte an: Die Situation von arbeitssuchenden Minderheiten am Arbeitsmarkt; die Frage warum es in unterentwickelten Ländern schwieriger ist, Geschäfte zu machen, als in Ländern mit höherem Entwicklungsstand; er betrachtet die volkswirtschaftlichen Kosten von Unehrllichkeit; als vierten Punkt nimmt er sich das Problem vor, dass Menschen mit über 65 Jahren, nur mehr schwer eine Krankenversicherung finden – dies alles unter Zuhilfenahme oder Bezugnahme auf sein Modell des *Market for the Lemons*.⁴⁹⁸

Wie oben gezeigt, wird im Modellmarkt gute Qualität nicht belohnt, sondern im schlimmsten Falle damit bestraft, dass sie sogar vom Markt völlig verdrängt

⁴⁹⁷ *Akerlof*, The Market for the Lemons, 489.

⁴⁹⁸ *Akerlof*, The Market for the Lemons, 488.

wird. Es bleiben nur noch die schlechten Autos, die *Lemons*, am Markt übrig, es kommt zu einem Qualitätswettlauf nach unten, zu einem *race to the bottom*.⁴⁹⁹

Diesen Vorgang bezeichnet *Akerlof* als *Adverse Selection* (man könnte ihn auch Negativauslese nennen), wobei er den Begriff, im Zuge der Betrachtung der Krankenversicherungen, aus der Versicherungswirtschaft entnimmt.⁵⁰⁰

Der Aufsatz von *Akerlof* gilt als einer der meistzitierten wirtschaftswissenschaftlichen Arbeiten überhaupt. Er war und ist Katalysator für viele Nachfolgearbeiten. Auch konnte die Theorie empirisch und experimentell in Teilbereichen bestätigt werden.⁵⁰¹ So weisen entsprechende Daten, welche am deutschen Gebrauchtwagenmarkt erhoben wurden, darauf hin, dass Gebrauchtwagenpreise tatsächlich die durchschnittliche Qualität der Autos abbilden.⁵⁰²

Der Effekt der Negativauslese ist nicht erwünscht, er führt zu ineffizienten Ergebnissen, weil die guten Autos in den Garagen bleiben und nicht mehr dem Markt zur Verfügung stehen. Der Effekt kann aber durch entsprechende rechtliche Rahmenbedingungen unterbunden oder aber auch noch verstärkt werden.

Das Marktmodell, von dem *Akerlof* ausgeht, spielt sich in einem rechtfreien Raum ab, es gibt keine Garantien, keine Mängelhaftung und es gibt keine Prüfstellen mit Experten (welche auch haften), wo sich potentielle Käufer informieren können.

Die Realität ist aber anders. Man könnte daher daraus ableiten, dass ohne ausreichende rechtliche Absicherung keine Märkte zustande kämen.⁵⁰³ Genau aus diesem Blickwinkel ist das Modell von *Akerlof* hier von besonderem Interesse. Nämlich inwieweit der Effekt der Negativauslese verhindert werden könnte bzw verhindert wird und welche Rolle die Art und Weise (zwingend oder

⁴⁹⁹ Vgl *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 371.

⁵⁰⁰ *Akerlof*, The Market for the Lemons, Quarterly Journal of Economics (1970), 493.

⁵⁰¹ Vgl *Fleischer*, Informationsasymmetrie, 123.

⁵⁰² Vgl *Emons/von Hagen*, Asset Prices and Public Information: An Empirical Investigation in the Market for Automobiles, European Economic Review, 35 (1991), 1529-1542.

⁵⁰³ *Streissler*, Volkswirtschaftslehre für Juristen, 153, Rz 153.

dispositiv) der Ausgestaltung des Vertragsrechts und im Speziellen die Gewährleistung spielt.

3. Das Zitronenmodell und die Privatautonomie

Wie später gezeigt wird, kann Informationsasymmetrie und das dadurch ausgelöste Marktversagen durch Negativauslese, mit Maßnahmen wie dem sogenannten *Screening* und *Signalling* verhindert werden.

Oft scheinen aber konkreten Maßnahmen gegen Informationsasymmetrien nur darauf hinaus zu laufen, die Privatautonomie zu beschränken: durch strikte Aufklärungspflichten und Widerrufsmöglichkeiten soll die Informationsweitergabe erzwungen werden. Eine differenzierte Vorgehensweise, die von Fall zu Fall verschieden ist, wäre gefragt und auch schon im Lichte des Nirwana-Ansatzes geboten⁵⁰⁴. Als Nirwana-Ansatz wurden jene Maßnahmen kritisiert, welche den realen, unvollkommenen Markt mit staatlichen Lenkungs Eingriffen, in Richtung modellhaften Idealzustand bringen wollten.⁵⁰⁵

*Schäfer/Ott*⁵⁰⁶ bringen ein anschauliches Beispiel für den Konflikt zwischen Privatautonomie und zwingendem Verbraucherschutz und bieten eine Lösung mit Hilfe des *Akerlof'schen* Zitronenmodells. Sie verweisen dabei auf die Diskussion über die AGB-Kontrolle, welche im Zuge des aufkommenden Verbraucherschutzes in den 1970er Jahren mit deren Gegnern entstand, welche einem Eingriff in die Privatautonomie sehr kritisch gegenübergestanden sind. Auch für AGB existiert ein Markt, dabei gibt es "gute" und "schlechte" AGB. Man könnte meinen, dass Anbieter von Verträgen mit "schlechten" AGB, vom Markt verdrängt würden, da diese keine Nachfrager finden. Die Guten würden sich somit im Markt durchsetzen. Bestimmungen, die dem Verwender eine gewisse Transparenz bezüglich der AGB auferlegen, tragen dazu bei, ein *Screening* durch potentielle Nachfrager zu ermöglichen. Dieses *Screening* wird aber nicht durchgeführt. Da die Nachfrager selten bis gar nicht die AGB lesen und verstehen. Die Informationskosten wären zu hoch, daher ist es für den Einzelnen durchaus rational, diese nicht mit anderen Anbietern zu vergleichen.

⁵⁰⁴ Vgl. *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 466.

⁵⁰⁵ Vgl. *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 99.

⁵⁰⁶ *Schäfer/Ott*, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, 479.

Für den Anbieter ist es somit rational, wenn er seine AGB zu seinen Gunsten so ausgestaltet, dass er im Endeffekt mit möglichst wenig Aufwendungen für zB Gewährleistung rechnen muss und so billiger seine Leistung anbieten kann (wenn ein Preiswettbewerb herrscht). Wie im *Akerlof'schen* Zitronenmodell würden sich so die Anbieter von "schlechten" AGB durchsetzen. Der Markt würde somit versagen. Dieser Effekt kann praktisch nur durch gesetzliche Inhalts-Kontrolle verhindert werden.

Zwingendes Recht nimmt in dem Fall der AGB-Inhaltskontrolle eine Schutzfunktion für das Funktionieren des Marktes ein. Es schränkt nicht die Freiheit ein, sondern ermöglicht diese und stellt somit auch ein Schutzschild für die Privatautonomie dar.

4. Verhinderung von Negativauslese

Das Problem der Negativauslese ist eines, welches sich aus einer auf einem Markt vorherrschenden Informationsasymmetrie (insb. bezüglich der Qualität des Angebotes) ergibt. Wirkt man Informationsasymmetrien entgegen, so wird man auch Negativauslese verhindern können. Der modelhafte Markt des Zitronenmodells unterscheidet sich vom realen Markt dadurch, dass sich im realen Markt ein Informationsaustausch bezüglich Produktqualitäten zwischen den Beteiligten bilden wird.

Grundsätzlich kann man dabei zwischen *Screening*- und *Signalling*-Aktivitäten unterscheiden. Beides kann das Privatrecht durch die Ausgestaltung der Vertragsrechtsnormen fördern oder aber behindern. Zu diesem Zweck soll in weiterer Folge genauer auf das sogenannte *Screening* und *Signalling* eingegangen werden – wie gleich (III.B.4.a) gezeigt wird haben diese, der Informationsasymmetrie entgegen wirkenden Aktivitäten, auch Eingang in die ökonomischen Modelle gefunden.

a. *Screening* und Selbstselektion

Eine Möglichkeit der Informationsasymmetrie entgegen zu wirken ist, dem uninformatierten Marktteilnehmer die Gelegenheit zu geben, seinen Informationszustand zu verbessern.

Auf der Seite der Nachfrager kann das durch das *Screening*, welches im Gebrauchtwagenmarkt einer Inspektion der angebotenen Wagen entspricht, die durch Automobilclubs durchgeführt werden, erfolgen; Warentests durch Verbraucherschutzverbände fallen ebenso in diese Kategorie.⁵⁰⁷

Screening ist ein Vorgang, der aus den vorhandenen Angeboten die Unterschiede identifiziert; dabei bedient man sich sogenannter *Screening Devices*, mit denen dann eine Sortierung durchgeführt wird. Dies wurde allgemein – und auch speziell für den Bereich der Bildung – von *Stiglitz* genauer untersucht; wobei er im Ergebnis auch zur Kernaussage kommt, dass gut informierte Märkte pareto-effizienter sind als andere.⁵⁰⁸

Zu einer Weiterentwicklung dieses Modells kam es in der Folge gemeinsam mit *Rothschild*, zum Zweck der Betrachtung des Versicherungsmarktes. Dabei legen die Autoren ihren Fokus auf einer Variante des *Screenings*, welche als *Self-Selection-Mechanism* (Selbstselektion) bezeichnet wird: Die Nachfrager, welche über ihre Risikogeneigtheit am besten Bescheid wissen, können zwischen verschiedenen Versicherungsverträgen wählen und so, den für sie optimalsten Versicherungsvertrag, finden.⁵⁰⁹ Stellt sich ein Gleichgewicht ein, dann zahlen jene mit einer höheren Risikowahrscheinlichkeit eine höhere Prämie, als jene die ein niedrigeres Risiko aufweisen.⁵¹⁰

Die Aufgabe, welche an das Recht generell gestellt werden kann ist, *Screening* zuzulassen und nicht zu behindern. Man denkt, dass zwingendes Recht hier vor allem im Bereich der öffentlichen Wirtschaftslenkung eine fördernde Rolle einnehmen kann und so dazu führen kann, dass es den Nachfragern besser möglich sein soll, die Angebote vergleichen zu können, indem das *Screening* für den einzelnen mit weniger Kosten durchgeführt werden kann oder aber indem das *Screening* von Institutionen durchgeführt wird.

⁵⁰⁷ Bezüglich derartiger Warentests siehe FN 512

⁵⁰⁸ *Stiglitz*, The Theory of "Screening", Education and the Distribution of Income, The American Economic Review, Band 65 Nr 3 (Jun 1975), 283.

⁵⁰⁹ *Rothschild/Stiglitz*, Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information, The Quarterly Journal of Economic Vol. 90, 632.

⁵¹⁰ Vgl *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 126.

Mit der Bestimmung des § 28 KSchG wurde die Möglichkeit einer sogenannten Verbandsklage geschaffen. Dies kann als Förderung eines derartigen *Screenings* verstanden werden. Danach können berechtigte Verbände gegen sittenwidrige Vertragsbedingungen und gesetzwidrige Verhaltensweisen vorgehen. Die Klagemöglichkeit ist dabei nicht bloß auf Verbrauchergeschäfte gem. § 1 KSchG beschränkt.⁵¹¹ Dieses *Screening* beschränkt sich nicht bloß auf die reine juristische Prüfung von Vertragsbedingungen. Wie *Doralt/Kozio*⁵¹² schon in ihrer Stellungnahme zum Ministerialentwurf des KSchG gefordert haben, sind die "Verbände" auch für die Durchführung von Warentests (und Preisvergleiche) tätig – was ebenso unter das *Screening* fällt. Unsicherheiten bezüglich der Qualität der angebotenen Leistungen, kann so entgegengewirkt werden, Negativauslese kann somit verhindert werden. Dies interessiert aber in diesem Zusammenhang weniger. Interessanter in Bezug auf zwingende Gewährleistung ist das *Signalling*.

⁵¹¹ *Kathrein* in KBB³, § 28 KSchG Rz 1.

⁵¹² *Doralt/Kozio*, Stellungnahme zum KSchG, 100.

b. Signalling

Eine weitere Strategie Informationsasymmetrien auflösend zu begegnen ist, das sogenannte *Signalling*, dabei geht es nicht um die Möglichkeit der Informationsbeschaffung auf der Nachfrageseite, sondern um die Frage, ob Anbieter die Möglichkeit haben, entsprechende Informationen zu ihren Leistungen zu senden und somit dem Marktversagen durch Informationsasymmetrie entgegen zu wirken. Anbieter können dann auf ihre gute Qualität hinweisen (ein "Signal" abgeben dh *Signalling*), Negativauslese könnte damit verhindert werden.

Speziell für den Arbeitsmarkt (der vor allem aus der Sicht der Arbeitgeber von Qualitätsunsicherheit geprägt ist) hat A. *Michael Spence* die verschiedenen Signalisierungsmöglichkeiten der Arbeitssuchenden aufgezeigt. Dabei unterscheidet er eingangs zwischen *Indices* und den echten *Signals*.

Indices sind zwar auch Signale im weiteren Sinn, können aber vom Arbeitssuchenden nicht beeinflusst werden; darunter sind unbeeinflussbare Tatsachen wie Alter, Geschlecht und Herkunft zu verstehen.⁵¹³

Als echte *Signals* hingegen gelten beeinflussbare Größen. *Spence* hat sich der Signalwirkung von der Ausbildung der Arbeitssuchenden angenommen. Arbeitssuchende können durch den Erwerb von Bildungsabschlüssen signalisieren, dass sie beispielsweise intelligenter, kompetenter und fleißiger sind als ihre Mitbewerber – dabei ist es interessanterweise in der Modellannahme nicht unbedingt erforderlich, dass diese Bildungsabschlüsse einen tatsächlichen Wert abseits des Signals an sich haben müssen, also das Signal einen Einfluss auf Intelligenz, Fachkenntnisse oder Fleiß ausüben muss.⁵¹⁴

Auch wenn dies nicht wirklich zutrifft, der Zusammenhang zwischen den Kosten der Bildung und der gestiegenen Produktivität, ist sicher nicht immer so linear wie man allgemein vermuten würde. Auch *Roth* nimmt das in seiner vergleichenden Untersuchung an, in der er die verschiedenen, existierenden Modelle zum *Signalling* und *Screening* (von *Spence* und von *Rothschild/Stiglitz*) einander gegenüberstellt.

⁵¹³ *Spence*, Job Market Signaling, Quarterly Journal of Economics 87/3 (1973), 357.

⁵¹⁴ *Spence*, Job Market Signaling, Quarterly Journal of Economics 87/3 (1973), 360.

Interessant ist vor allem, dass *Roth* für seinen Modellvergleich später annimmt, dass die Produktivität immer linear mit dem Ausbildungsniveau steigt – und dies aber keinen Einfluss auf die Qualität der Modellergebnisse darstellen würde.⁵¹⁵

Wenn Arbeitgeber auf Mitarbeitersuche sind und der Markt von Qualitätsunsicherheiten geprägt ist, dann wird bereitwillig jedes Entscheidungskriterium von den Arbeitgebern angenommen, um das Glückspiel der Mitarbeitersuche zu einem gewissen Punkt, beherrschen zu können "*To hire someone, then, is frequently to purchase a lottery*".⁵¹⁶

Im Allgemeinen können Nachfrager relativ einfach, zumindest die Preise von Standardleistungen vergleichen – dies war auch schon vor dem Internetzeitalter nicht sehr aufwendig, es genügen ein paar Telefonate. Zumindest in Relation zur Feststellung der Produktqualitäten ist die Preissuche einfach.

Stigler hat sich, als Begründer der Informationsökonomie, als Erster mit der Tatsache auseinandergesetzt, dass Marktteilnehmer die verschiedenen Produktpreise erst ermitteln müssen und das mit Kosten verbunden ist. Bezüglich der Produktqualitäten schien ihm eine Untersuchung zu aufwändig.⁵¹⁷ Dies hat dann *Akerlof* mit seinem Zitronenmodell in Angriff genommen.⁵¹⁸

Gerade in Märkten, welche von Qualitätsunsicherheiten geprägt sind, wird man den Focus gerade auf die Produktqualitäten legen, diese sind aber oft schwerer miteinander zu vergleichen, wie das Beispiel des Gebrauchtwagenmodells zeigt.

Unter diesen Bedingungen werden die Anbieter mit Produktgarantien auch aktiv ein Signal für gute Qualität setzen wollen, und das möglichst kostengünstig. Dies hat *Akerlof* aus seinem Zitronenmodell abgeleitet.

Dass aber das *Signalling* ein komplexerer Vorgang ist, als man beim ersten Gedankengang meinen könnte, hat *Spence* im "*Job Market Model*" aufgezeigt:

⁵¹⁵ *Roth*, Screening- und Signalling-Modelle, WiSt Juli 2001, 373

⁵¹⁶ *Spence*, Job Market Signaling, Quarterly Journal of Economics, Bd 87/3 (1973) 356.

⁵¹⁷ *Stigler*, The Economics of Information, 224.

⁵¹⁸ Siehe oben III.A.

Aus den Signalkosten, den Signalen (und Indizes), dem angebotene Gehalt und den verschiedenen Erwartungen bildet sich in einem Kreislaufprozess ein sogenanntes Gleichgewicht (*Signalling Equilibrium*) zwischen dem offeriertem Gehalt und den Signalkosten.⁵¹⁹

Letztendlich sind *Screening* als auch *Signalling* zur Erhöhung der allgemeinen Wohlfahrt geeignet, da höhere Qualitäten besser kommuniziert werden können. Sie sind aber auch mit Kosten verbunden, sodass sich nicht dasselbe Wohlfahrtsniveau einstellen wird, wie in einer Situation vollkommener Information. Der Verlust für die allgemeine Wohlfahrt ist dabei umso größer, je höher die Kosten der Informationsübertragung sind.⁵²⁰

Gesetzliche Maßnahmen, wie zwingende Bestimmungen, können unter Umständen die Signalisierungskosten erhöhen und sich so wohlfahrtsmindernd auswirken.

C. Die *Signalling*-Hypothese

Akerlof zeigt, ausgehend vom Gebrauchtwagenmarkt, auch für arbeitssuchende *Minorities* am Arbeitsmarkt das Problem auf, dass die Produktivität der Arbeitssuchenden am Arbeitsmarkt (ähnlich wie die Qualität bei Gebrauchtwagen) für die Arbeitgeber, nur schwer festzustellen ist. Die Arbeiter kennen ihre Produktivität, die Unternehmer nicht.

Aus diesem Grund orientieren sich die Arbeitgeber gerne an dem sozialen Hintergrund und der Qualität der erworbenen Ausbildungen der Bewerber. Unerfahrene Arbeitssuchende können durchaus ihre Talente haben, diese müssen aber durch einen entsprechenden Schulabschluss zertifiziert sein, damit sie für potentielle Arbeitgeber erkennbar sind.⁵²¹ Auch der Arbeitsmarkt ist, ähnlich wie der Gebrauchtwagenmarkt, von Unsicherheit, in Bezug auf Produktivität und Fähigkeit der Arbeitnehmer, geprägt.

Der Erwerb eines entsprechenden Schulabschlusses kann als eine *Signalling*-Aktivität für das Anzeigen hoher Qualität und Produktivität interpretiert

⁵¹⁹ *Spence*, Job Market Signaling, Quarterly Journal of Economics, Bd 87/3 (1973), 360.

⁵²⁰ Vgl *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 125.

⁵²¹ *Akerlof*, The Market for the Lemons, Quarterly Journal of Economics (1970), 494.

werden. Wie oben schon vorweggenommen, sieht *Spence* den Zusammenhang zwischen den Investitionskosten für ein Signal, den Erwartungen der Arbeitsgeber und das daraus folgende Gehaltsschema, als Kreislaufprozess. Er hat diesen mit Hilfe der Spieltheorie genauer untersucht und beschrieben. Für das Verständnis möchte ich die Begriffe und die Arbeitsweise der Spieltheorie nun in dem folgenden Exkurs kurz erläutern.

1. Exkurs: Spieltheorie

Für Menschen, die Entscheidungen in Situationen treffen sollen, in denen nicht bloß das eigene Handeln einen Einfluss auf das Ergebnis hat, sondern auch die Handlungen anderer Beteiligter, will die Spieltheorie eine Hilfestellung bieten.⁵²² Spieltheoretische Denkmuster haben sich mittlerweile schon in der Alltagsargumentation etabliert, wie beispielsweise das "Nullsummenspiel" zeigt, welchem sich *John v. Neumann* und *Oskar Morgenstern* im Kapitel *Non-Zero-Sum-Games* widmen.⁵²³ Die Autoren gelten mit ihrer Arbeit als Begründer der Spieltheorie.⁵²⁴ Die Spieltheorie kommt aus der Mathematik, wird aber überall dort angewendet, wo sich menschliche Entscheidungen gegenseitig beeinflussen.

Fleischer mahnt jedoch zur Vorsicht, spieltheoretische Modelle unkritisch auf das Vertragsrecht zu adaptieren, auch wenn er sich nicht verwehrt, entsprechende Wirkungsmechanismen zumindest mitzudenken.⁵²⁵

Ein wesentliches Ziel der Spieltheorie ist es für Konflikt-, aber auch für Kooperationssituationen, rationale Kriterien und Strategien zu finden und zu charakterisieren, um eine Entscheidung zu treffen. Die Schwierigkeit dabei ist, dass keiner der Entscheider ("Spieler") weiß, welche Pläne die anderen Spieler verfolgen und wie sie sich dementsprechend entscheiden werden. Damit ist es für einen einzelnen Spieler ungewiss, wie sich seine konkrete Entscheidung auf einen Handlungsplan ("Strategie") auswirken wird. Er kann aber die Situation aus

⁵²² Vgl die kurze Einführung in *Noll*, Rechtsökonomie, 253; oder *Bieta*, Intelligentes Risikomanagement, ÖBA 2005, 186ff; ausführlicher *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 62ff.

⁵²³ *Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior, 508 ff.

⁵²⁴ Vgl *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 62.

⁵²⁵ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 131.

der Sicht der anderen Spieler durchdenken, um eine Erwartung zu bilden, was diese tun werden.

Die Ökonomie bedient sich gerne der Spieltheorie als Instrument, da es in der Ökonomie auch um die Analyse von strategischen Entscheidungen bzw um die optimale Entscheidungsfindung geht. Besonders bei unvollkommener Konkurrenz und bei beschränkter Information wird die Spieltheorie gerne zur Unterstützung herangezogen.⁵²⁶ Die Spieltheorie wird in manchen Lehrbüchern sogar als eine der wichtigsten Methoden der Wirtschaftswissenschaften gesehen. Über die Bedeutung lässt sich diskutieren. Sicher ist, dass es sich bei der Spieltheorie um eine mögliche Analysemethode von Entscheidungsproblemen handelt, nicht mehr und nicht weniger.⁵²⁷

So können anhand von Analysemodellen ("Spielen") Handlungsszenarien unter Variation der Handlungen der Beteiligten durchgedacht ("durchgespielt") werden, diese Herangehensweise kann man sich auch für die ökonomische Analyse von rechtlichen Regelungen zu Nutze machen.

Als Spiel kann man somit eine strategische Entscheidungssituation begreifen, in der nicht nur die eigene Entscheidung des Individuums von Bedeutung ist, sondern auch die Entscheidung der anderen Beteiligten. Ein klassisches Beispiel aus der Spieltheorie ist die Entscheidungssituation im sogenannten Gefangenendilemma.⁵²⁸

a. Wie löst man ein Entscheidungsdilemma?

Zwei Untersuchungshäftlinge werden des Raubes verdächtigt. Einen Beweis für die Tat gibt es keinen, es wurden bloß Waffen bei ihnen gefunden. Angenommen das Rechtssystem lässt eine einfache, großzügige Kronzeugenregelung zu: Derjenige der gesteht, kommt ohne Strafe frei und der, der nicht gesteht, bekommt die Höchststrafe von fünf Jahren und noch ein Jahr dazu, weil er nicht geständig war. Gestehen beide, bekommen beide jeweils fünf

⁵²⁶ Vgl *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 1.

⁵²⁷ Vgl *Winter*, Grundzüge der Spieltheorie, 9.

⁵²⁸ Vgl *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 63 mit Verweis auf *Luce/Raiffa*, Games and Decisions (1957), 95; *Holler/Illing*, Spieltheorie, 2; *Bannier*, Vertragstheorie, 28.

Jahre. Gestehen beide nicht, bekommen sie nur eine geringe Strafe von nur einem Jahr, weil man nur illegalen Waffenbesitz, als strafbare Handlung beweisen kann.

Aufgabe der Spieltheorie ist es nun eine geeignete Darstellung für diese Situation zu finden.⁵²⁹ Dann gilt es das Problem (das "Spiel") zu lösen. Eine Lösung bedeutet, eine geeignete Handlungsanleitung zu geben, denn für jeden Häftling stellt sich die Frage, ob er nun gestehen soll oder nicht.

Wenn beide gestehen, ist es jedenfalls für den einzelnen ungünstiger, als wenn beide nicht gestehen. Im ersten Fall bekommen beide fünf Jahre im zweiten nur ein Jahr. Sich zu entschließen nicht zu gestehen, ist aber mit der Gefahr verbunden, dass der andere gesteht und statt dem einen, bekommt man sechs Jahre. Gestehen wäre hier individuell gesehen, die bevorzugte Strategie, da man statt sechs nur fünf Jahre Haft bekommt bzw. wenn der andere nicht gesteht, kommt man sogar frei. Unabhängig was der jeweils andere tut, ist es am besten zu gestehen. Dieses Gefangenendilemma ist vermutlich das bekannteste Spiel der Spieltheorie.⁵³⁰

b. Die dominante Strategie

Die *dominante Strategie* ist allen anderen überlegen. Im Gefangenendilemma ist die dominante Strategie "gestehen". Dabei muss man voraussetzen, dass die beiden Häftlinge keinen verbindlichen Vertrag über zB "nicht gestehen", abschließen können. Es liegt also ein sogenanntes nicht-kooperatives Spiel vor (im Gegensatz zu einem kooperativem oder auch Verhandlungsspiel).⁵³¹

Die Konstellation im Gefangenendilemma ist für viele Entscheidungssituationen bezeichnend. Man denke beispielsweise an das Trittbrettfahrerverhalten, wo es individuell rational ist ein "öffentliches Gut" ohne eigenen Beitrag zu leisten, zu benützen.⁵³²

⁵²⁹ Überblicksartiger Aufriss der Spieltheoretischen Darstellungsformen vgl. *Bannier*, Vertragstheorie, 19 ff.

⁵³⁰ Vgl. *Winter*, Grundzüge der Spieltheorie, 45.

⁵³¹ Vgl. *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 6.

⁵³² Vgl. *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 8.

c. Ist "gestehen" die pareto-optimale Strategie?

Es stellt sich eine weitere Frage. Gibt es im Spiel auch eine Lösung die effizient, im Sinne von pareto-effizient, ist? Das bedeutet: ist ein Zustand möglich, in dem eine Besserstellung eines Spielers nur mehr dadurch gelingen kann, dass der andere Spieler schlechter gestellt wird?⁵³³

Im Spiel des Gefangenendilemmas gibt es gleich mehrere Handlungskombinationen, in denen dieser Zustand erreicht wird. Dies ist möglich, wenn beide abstreiten oder in den beiden Kombinationen, wenn einer gesteht und einer abstreitet. Hier ist eine Verbesserung des einen, nur mehr möglich, wenn sich der Zustand des anderen verschlechtert. Die Strategie "beide gestehen" erreicht hingegen nicht den gewünschten Zustand. Im Zustand "beide gestehen" ist eine Verbesserung nicht möglich, ohne dass die Haftstrafe des anderen Häftlings erhöht wird. Aus den pareto-optimalen Zuständen könnte man noch jenen wählen der am fairsten ist. Dies wäre wohl jene Variante, in der beide die Strategie "abstreiten" wählen und so die gleiche Haftstrafe bekommen würden.⁵³⁴ Die "dominante Strategie" ist in diesem Spiel somit nicht die pareto-optimale Strategie.

d. Das (Nash-) Gleichgewicht

Ein Gleichgewicht ist eine Strategiekombination, in der die Strategien aller Spieler jeweils auch beste Antworten aufeinander sind, sie werden auch als "Nash-Gleichgewichte" bezeichnet.⁵³⁵

Der Mathematiker *John Nash* erkannte, dass bei einer Strategiekombination, wenn jeder Spieler für sich seine optimale Handlungsstrategie wählt und kein Anreiz besteht von dieser Strategie abzuweichen, er damit auch die Erwartungen der anderen Mitspieler bestätigt, die dann auch keine Veranlassung sehen ihrerseits von ihrer Strategie abzuweichen.⁵³⁶ In der Ökonomie findet man das Nash-Gleichgewicht in vielen

⁵³³ Zum Pareto-Kriterium siehe II.B.1.

⁵³⁴ *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 64.

⁵³⁵ Vgl *Winter*, Grundzüge der Spieltheorie, 28.

⁵³⁶ Vgl *Bannier*, Vertragstheorie, 27.

Anwendungen – hier wäre das Marktgleichgewicht, bei asymmetrischer Information, besonders hervorzuheben.⁵³⁷

Ob jetzt ein Nash-Gleichgewicht ein erstrebenswerter Zustand in einem Spiel ist, kann nicht allgemein beantwortet werden. *Holler/Illing* betonen, dass Spieler Nash-Gleichgewichtsstrategien wählen sollen, weil dann jeder Spieler sich rational verhält und ein Nash-Gleichgewicht den Endpunkt eines Anpassungsprozesses darstellt, aus dem die Spieler gelernt haben.⁵³⁸ Auf der anderen Seite wiederum, ist ein Nash-Gleichgewicht nicht unbedingt pareto-optimal.⁵³⁹

Für das Gefangenendilemma gilt es nun alle vier möglichen Strategiekombinationen durchzuspielen und sich bei jeder Handlungskombination die Frage zu stellen, ob ein Gleichgewicht vorliegt oder nicht. Im Ergebnis wird nur dann ein Nash-Gleichgewicht vorliegen, wenn beide gestehen, da in dieser Situation keiner den Anreiz hat, etwas anderes zu tun. Es ist die beste Reaktion auf die Handlung des jeweils anderen.⁵⁴⁰

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass im Spiel des Gefangenendilemmas "gestehen" die dominante Strategie für beide Spieler ist, dies stellt auch ein (Nash-) Gleichgewicht dar, aber ist es nicht pareto-optimal, da sich beide Spieler besserstellen können, wenn sie kooperieren. Daher liegt hier ein schlechtes Gleichgewicht vor. Es kann daher zu einem nicht optimalen Gesamtergebnis kommen, auch wenn sich alle Beteiligten (für sich gesehen), rational verhalten.⁵⁴¹

Ein Grundproblem im Spiel des Gefangenendilemmas liegt nicht nur darin, dass sich die Beteiligten nicht austauschen oder absprechen können, es liegt darin, dass sie keine verbindlichen Verträge abschließen können. Es besteht kein Anreiz eine Vereinbarung (hier würde die Vereinbarung "nicht gestehen" sich anbieten) einzuhalten.⁵⁴² Auf die Praxis umgelegt zeigt es, dass das Vertragsrecht an sich und dessen Ausgestaltung eine wichtige Schlüsselrolle

⁵³⁷ *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 56.

⁵³⁸ *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 59.

⁵³⁹ *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 73.

⁵⁴⁰ Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 65.

⁵⁴¹ Vgl. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 66.

⁵⁴² *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 20.

einnimmt, um Individuen zur Kooperation zu bewegen, welche sich insgesamt als Wohlförderung auswirkt.

2. Das Signalling-Game

Allgemein unterscheidet man in der Spieltheorie zwischen den dynamischen und den statischen Spielen. Dynamische Spiele weisen im Gegensatz zu statischen Spielen eine sequenzielle Struktur auf. Das Spiel besteht aus mehreren Zügen, wobei typischerweise die einzelnen Züge in Abhängigkeit von den vorhergehenden Aktionen der Mitspieler begründet sind. Dabei kommt der Informationsfluss zwischen den Spielern, über die Züge der anderen Spieler, entscheidende Bedeutung zu. Die Darstellung von dynamischen Spielen erfolgt meistens mittels eines "Spielbaumes" (grafische Darstellung), in dem die Informationslage der Spieler auch dargestellt werden kann. Das Gefangenendilemma wäre ein Spiel mit imperfekter Information, da sich die Spieler untereinander nicht austauschen können.⁵⁴³

Gerade für ökonomische Prozesse, die von Informationsasymmetrien geprägt sind, kann die Spieltheorie ein hilfreiches Analysewerkzeug sein, um bestimmte Situationen genauer zu betrachten und dann gegebenenfalls auch bei der rechtlichen Beurteilung argumentativ mit einzubeziehen.

Das Problem der *Adversen Selection* aufgrund von Informationsasymmetrien im Zitronenmarkt, kann als ein Spiel gesehen werden. Wie schon oben ausgeführt, kann man den Informationsasymmetrien durch *Screening*- oder *Signalling*- Aktivitäten entgegenwirken.⁵⁴⁴ Für die Frage, wie zwingende Gewährleistungsbestimmungen wirken, wären besonders die *Signalling*- Aktivitäten auf einem Markt interessant.

Wie sich das *Signalling* auf Informationsasymmetrien auswirkt, hat *Spence* anhand des Arbeitsmarktes, aufbauend auf der Arbeit von *Akerlof*, erstmals untersucht.⁵⁴⁵ Der Bildungsabschluss eines Arbeitssuchenden kann als Signal für seine hohe Produktivität interpretiert werden. In der Spieltheorie hat man sich

⁵⁴³ *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 13.

⁵⁴⁴ Siehe III.B.4.

⁵⁴⁵ Vgl. *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie 170; *Winter*, Grundzüge der Spieltheorie, 180.

die Arbeit von *Spence* zum Vorbild genommen, das *Signalling-Game* zu entwickelt.⁵⁴⁶ Beim *Signalling-Game* handelt es sich um ein dynamisches Spiel, es gibt mehrere Spielzüge, ein Zug hängt jeweils von den Zügen der anderen Mitspieler ab.

Der Spielverlauf eines *Signalling-Games* ist nach *Holler/Illing*⁵⁴⁷ folgender: Es gibt Arbeitgeber, die zwischen verschiedenen Arbeitnehmern wählen können. Die Arbeitgeber sind bestrebt einen Arbeiter zu bekommen, der eine hohe Produktivität aufweist. Dies ist auch den potentiellen Arbeitnehmern bekannt; sie wissen auch um ihre eigene Produktivität Bescheid. Nur die Arbeitgeber haben über die Produktivität der Arbeitnehmer keine Informationen. Es liegt also bezüglich der Arbeiterproduktivität eine Unsicherheit auf Seiten des Arbeitgebers vor (ein Fall von Informationsasymmetrie, welche ähnlich wie im *Market for the Lemons* zur *Adversen Selection* führen könnte).

Die Arbeitnehmer können auf ihre Produktivität mit einem Signal hinweisen (typischerweise durch Hinweis auf ihren Bildungsabschluss in ihren Bewerbungsunterlagen). Es kann angenommen werden, dass Arbeiter mit hoher Produktivität eher geringe Kosten für ihr Signal aufwenden müssen, als Arbeiter mit niedriger Produktivität – dies ist eine notwendige Voraussetzung, dass das Signalisieren überhaupt funktioniert. Der maximale Arbeitslohn, der vom Arbeitgeber bezahlt wird, entspricht der erwarteten maximalen Produktivität. Da die Arbeitgeber die Produktivität nicht kennen, entspricht der Marktlohn dem der Durchschnittsproduktivität; was immer dann der Fall ist, wenn sowohl produktive Arbeiter als auch unproduktive, das gleiche Signal senden. Investieren die unterschiedlichen Produktivitätsgruppen in entsprechend verschiedene Signale, entspricht der zu erzielende Arbeitslohn, dem Signal. Es kann dann entweder zum sogenannten Trenngleichgewicht oder Pooling-Gleichgewicht kommen.

a. Trenngleichgewicht

Beim Trenngleichgewicht investieren die verschiedenen Produktionstypen in entsprechend verschiedene Signale. Die Investitionshöhen sind beobachtbar und lassen Rückschlüsse auf die entsprechenden Produktivitätstypen zu. Die

⁵⁴⁶ *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie 170.

⁵⁴⁷ *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie 171.

Investitionshöhe repräsentiert die Produktivität, jedoch fällt in einem Trenngleichgewicht der Ertrag, der für die Anbieter übrigbleibt, geringer aus, da mehr in das Signal investiert werden muss.

b. Pooling-Gleichgewicht

Im Pooling-Gleichgewicht senden, unabhängig von ihrer Produktivität, alle Arbeiter das gleiche Signal und die Arbeitgeber haben keine Information über die wirkliche Produktivität. Dies führt dazu, dass der Lohn für die Arbeiter, sich dem der Durchschnittsproduktivität annähern wird.

Das spieltheoretische Pooling-Gleichgewicht im *Signalling-Game* entspricht dem Effekt aus dem *Market for the Lemons* bei *Akerlof*. Es kann daher zu einem Marktversagen durch negative Selektion kommen.⁵⁴⁸

Produktive Arbeiter sind danach auch motivierter in ein entsprechend hohes Signal zu investieren, um sich von den weniger produktiven abzuheben, weil man einen höheren Arbeitslohn als den Durchschnittslohn erzielen will. Um dies zu bewerkstelligen, sind aber die entsprechenden Signalkosten (in Relation zum zu erzielenden höheren Lohn) zu berücksichtigen.

c. Single-Crossing-Bedingung

Wiegt ein Arbeiter die Signalkosten mit dem zu erzielendem Lohn ab, muss er sich fragen, ob das Signal nicht von einem weniger produktiven Arbeiter imitiert werden kann. Zahlt es sich also aus, ein Stückchen mehr in ein Signal zu investieren, um sich abzuheben? Dazu müssen die marginalen Investitionskosten für den produktiveren Arbeiter geringer sein, als für den unproduktiven – diese Bedingung wird Single-Crossing-Bedingung genannt.⁵⁴⁹

Das Signal selbst (Erwerb eines Bildungsabschlusses) muss aber auf die Produktivität des Arbeiters keinen Einfluss haben, die Produktivität hängt nur vom Arbeiter selbst ab. Für einen produktiven Arbeiter ist es sinnvoll in ein Signal zu investieren, auch wenn die Produktivität dadurch nicht steigt⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ Siehe III.B.2

⁵⁴⁹ Vgl. *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 172, *Winter*, Grundzüge der Spieltheorie, 180.

⁵⁵⁰ Vgl. *Bannier*, Vertragstheorie, 150.

d. The informational feedback in the job market

Nach jedem "Zug" ändert sich die (Informations-) Situation für alle Beteiligten und jeder muss daraus entsprechende Schlüsse ziehen. Es ist zu überlegen wie der nächste "Spielzug" sein könnte. Diesen Kreislauf, welchen *Spence* als "*Informational feedback in the job market*" bezeichnet hat⁵⁵¹, führt zu einem Gleichgewicht zwischen den aufzuwendenden Signalkosten und dem angebotenen Gehalt.

3. Das *Signalling-Game* im Konsumgütermarkt

Wie ich gezeigt habe, hat *Spence* einen Kreislaufprozess "Gewinn-Signalkosten-Gewinn" am Beispiel des Arbeitsmarktes, beschrieben. Dieses Spiel lässt sich aber nicht bloß für einen Arbeitsmarkt spielen. Man kann es auch auf Märkte, mit (langlebigen) Konsumgütern umlegen.

Es geht um die Frage, ob zwingende Gewährleistungsbestimmungen, den Signalwert einer Garantie beeinflussen. Dazu muss jedoch im Vorfeld geklärt werden, ob Garantien überhaupt einen Signalwert besitzen.

Die oben getroffenen Überlegungen zum *Signalling*-Kreislauf, sind auch für die Untersuchung von Garantien als Signale hilfreich. Anbieter von qualitativ hochwertigen Produkten wollen ihre hohe Qualität auch signalisieren. Das geht zum einen mit Werbung als Signal, zum anderen kann auch eine freiwillige Garantie, ein Signal sein. Die freiwillige Garantie ist ein Indiz für höhere Produktqualitäten.

a. Die *Signalling*-Hypothese für Garantien

Für den Anbieter einer qualitativ guten Leistung lohnt es sich auch eine hohe Garantie anzubieten, denn die Wahrscheinlichkeit, aus der Garantie in letzter Konsequenz auch leistungspflichtig zu werden, ist gering. Sie ist also für ihn relativ billig. Es wird aber mit höheren Kosten verbunden sein, diese gute Produktqualität anbieten und auch beibehalten zu können.

Für den Anbieter einer qualitativ schlechteren Leistung hingegen, ist eine Garantie nicht besonders attraktiv, selbst wenn er für einen Anbieter von guter

⁵⁵¹ *Spence*, Job Market Signaling, The Quarterly Journal of Economics, 359.

Qualität gehalten wird, weil er das Signal nur imitiert – die Kosten für die Garantie wären zu hoch, da die Wahrscheinlichkeit von Garantieleistungsfällen eben entsprechend gegeben wäre. Die Kosten der Garantie korrelieren demnach mit den Kosten für hohe Qualität für die Anbieter negativ.

Aus der Einfachheit dieser Überlegung heraus schließt *Nell*, dass weder *Akerlof* noch *Spence* eine Überprüfung dieser *Signalling*-Hypothese in Angriff genommen haben⁵⁵², und verweist dabei auch gleich auf empirische Untersuchungen, die diesbezüglich interessanterweise aber sehr unterschiedlich ausfallen. *Nell* verweist unter anderem auf die Untersuchungen von *Wiener*⁵⁵³, welche die *Signaling*-Hypothese im Wesentlichen bestätigen, aber auch auf die von *Priest*⁵⁵⁴, die wiederum keinen Zusammenhang zwischen Produktqualität und Garantie feststellen konnten.

Dass man *Screening* und *Signalling* gerade von der spieltheoretischen Sicht aus genauer betrachten und interpretieren kann, dafür hat sich auch die vergleichende Untersuchung von *Roth* angenommen. *Roth* unternahm einen Vergleich von den verschiedenen Modellstrukturen, die *Screening* und *Signalling* behandeln⁵⁵⁵. Er stellt dem Modell von *Spence*, jenes von *Rothschild/Stiglitz* gegenüber. Er kommt zum Schluss, dass sich die Modelle im Ergebnis nicht wesentlich unterscheiden – die Unterschiede sind bloß von spieltheoretischer Modellnatur. Insofern sind sie auch für diese Untersuchung nicht von großem Interesse.

Unabhängig davon, wie ein optimales Modell aussehen könnte, wird man wohl grundsätzlich davon ausgehen können, dass sowohl freiwillige Produktgarantien, als auch die Gewährleistung an sich eine informationsübertragende Funktion aufweisen, sie also Auswirkung auf die Signalisierungsmöglichkeiten mit sich bringen. Die *Signalling*-Hypothese wird wohl mE stimmen.

⁵⁵² *Nell*, Garantien als Signale für die Produktqualität? zfbf 51 (1999/10), 937.

⁵⁵³ *Wiener*, Are Warranties Accurate Signals of Product Reliability, Journal of Consumer Research, Vol 12 (1985), 250.

⁵⁵⁴ *Priest*, A Theory of the Consumer Product Warranty, The Yale Law Journal Vol 90 (1981), 1297-1352.

⁵⁵⁵ *Roth*, Screening- und Signaling-Modelle, WiSt Juli 2001, 372.

Jedoch dürfte der ganze Kreislauf-Vorgang komplexer sein, als man denkt. Die Modelle gehen alle von der REMM-Hypothese⁵⁵⁶ aus. Es sind noch keine Aspekte der Risikogeneigtheit der Beteiligten oder des *Moral Hazards* berücksichtigt.

⁵⁵⁶ Siehe II.A.4.

b. Folgen aus der *Signalling*-Hypothese

Nell hält die Fragestellung, die der *Signalling*-Hypothese innewohnt, nicht bloß für Unternehmer, die das richtige Marketinginstrument finden wollen interessant, sondern sie ist vor allem auch für den Gesetzgeber von entsprechend wichtiger Bedeutung, für die Frage inwieweit die Bestimmungen zur Gewährleistung zwingend oder dispositiv, auszugestalten sind. Gibt es ein hohes Maß an gesetzlicher Gewährleistungspflicht, würde das dazu führen, dass die Signalfunktionen und damit die Informationsübertragungsfunktionen von freiwilligen Garantien eingeschränkt wären.⁵⁵⁷ So könnte man die Qualitätsunsicherheit der Nachfrager wohl nicht aufheben können und es würde zur negative Auslese und zu einem Marktversagen kommen.

Nell wirft in weiterer Folge aber auch kritische Fragen zur *Signalling*-Hypothese auf: Zum einen attestiert er, dass das *Signalling* doch ein komplexerer Vorgang sei, dieses geschehe nicht bloß über den Garantiefumfang alleine, sondern über eine Preis-Garantie-Kombination, außerdem hat eine Produktgarantie über die Signalisierungsfunktion hinaus auch eine Risikoallokationsfunktion und dies kann bei Käufern zum sogenannten *Moral Hazard* führen.

Eine Garantie könnte demnach, neben der Signalisierungsfunktion eine Versicherungsfunktion beinhalten, welche bei den Untersuchungen, und der Diskussion über weniger bedeutende Details zu den verschiedenen *Signalling*-Modellen, nicht berücksichtigt wird.

c. Die Versicherungsfunktion

Aus der Versicherungswirtschaft kommt der Begriff des *Moral Hazard*. Gemeint ist dabei das zusätzliche Schadensrisiko einer Versicherung, wenn der Versicherte nach Abschluss der Versicherung nicht mehr die entsprechende Sorgfalt aufwendet, um einen ev Schadenseintritt hintanzuhalten.⁵⁵⁸

Das bedeutet, umgelegt auf eine Garantie, dass im Wissen, dass das Produkt mit einer entsprechenden Garantie ausgestattet ist, der Käufer eine

⁵⁵⁷ *Nell*, Garantien als Signale für die Produktqualität? zfbf 51 (1999/10), 938.

⁵⁵⁸ Vgl *Bannier*, Vertragstheorie, 69ff; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 139.

entsprechend niedrigere Sorgfalt bei der Verwendung an den Tag legt. Selbst *Grossman*, der sich mit der informationsübertragenden Rolle der Garantie schon früher beschäftigte, unterstellte den Käufern in seiner Untersuchung bewusst kein *Moral Hazard*.⁵⁵⁹ *Nell* beispielsweise bedient sich dann in weiter Folge des Modells von *Grossman*⁵⁶⁰ und erweitert es um dem *Moral Hazard* Aspekt – er weist darauf hin, dass *Grossmans* Modell zum Ergebnis kommt, dass Produktgarantien keinerlei Signalfunktion besitzen würden, obwohl dies in der Literatur fälschlicherweise oft behauptet würde.⁵⁶¹

Eventuell ist sich *Grossman* nicht ganz sicher bezüglich der Informationsübertragenden Funktion von Garantien, da er diese Garantien zwar als sehr nützlich bezeichnet, sich aber wundert, warum diese dann doch nicht im praktischen Wirtschaftsleben Verbreitung finden. Wobei er als Erklärung ein von den Verkäufern befürchtetes *Moral Hazard* auf Käuferseite, nicht gelten lassen will, da seiner Ansicht nach die Versicherungsfunktion einer Garantie seltener im Vordergrund steht. Wenn Informationen ohne Kosten übertragen werden können oder Garantien keine Kosten verursachen, dann wird der Verkäufer dies auch tun, es ist diesbezüglich kein regelungstechnischer Anreiz notwendig.⁵⁶²

Fleischer sieht in Garantien und Gewährleistungsrechten ein probates Mittel zu Informationsübertragung und somit eine wirksame Strategie gegen das, durch *Adverse Selection* bedingtes Marktversagen, vorzugehen. Er verweist auch ausdrücklich auf die Untersuchung von *Grossman*. Aber auch *Fleischer* meint, dass mit Garantien das Informationsproblem nicht in allen Fällen behoben werden kann und führt ebenso das Problem des *Moral Hazard* an.⁵⁶³ Bezieht man also das Problem des *Moral Hazard* in die Diskussion mit ein, lenkt man gleichzeitig, bei der Frage nach der Funktion einer Garantie, den Focus weg von der Informationsübertragungsfunktion, hin zu einer Versicherungsfunktion.

⁵⁵⁹ *Grossman*, The informational role of warranties and private disclosure about product quality, *Journal of Law and Economics* XXIV (1981), 478.

⁵⁶⁰ *Grossman*, The informational role of warranties and private disclosure about product quality, *Journal of Law and Economics* XXIV (1981), 461–483.

⁵⁶¹ *Nell*, Garantien als Signale für Produktqualität? *zfbf* 51 (1999/10), 938.

⁵⁶² *Grossman*, The informational role of warranties and private disclosure about product quality, *Journal of Law and Economics* XXIV (1981), 479.

⁵⁶³ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 126.

Die Frage was im Vordergrund steht, die Informationsübertragungsfunktion oder Risikoallokationsfunktion und somit die Versicherungsfunktion, wird man wohl aus genereller Sicht nicht so einfach beantworten können. Es hängt jedenfalls auch von der Risikogeneigtheit der Vertragsparteien ab, nämlich was ihnen wichtiger ist. Ein Vertrag zwischen einem Käufer und einem Verkäufer sollte die Risikobereitschaft der Parteien berücksichtigen; praktisch wird dies aber vor Vertragsabschluss, kein Thema sein (können), vor allem, wenn man an den täglichen Konsumgüterkauf denkt. Gemessen am optimalen Vertrag wird die Berücksichtigung des Risikos fehlen, diese wäre wohl zu aufwendig. Also wird wegen der Transaktionskosten, das Vertragsrecht die Aufgabe haben, eine typische Risikoverteilung, den Parteien vorzugeben.

Wenn ein Käufer vom Risiko der Mangelhaftigkeit betroffen ist, kann er grundsätzlich drei verschiedene Haltungen gegenüber diesem Risiko haben: Er ist entweder risikogeneigt (risikosuchendes Verhalten), dann wird er nur eine geringe Versicherungsprämie zahlen wollen, eine die unter dem zu erwartenden Schaden sein wird. Er kann risikoneutral (Risikoindifferenz) sein, dann zahlt er eine Prämie, die genau der Schadenserwartung entspricht. Oder er zahlt eine Versicherungsprämie, die sogar über dem zu erwartenden Schaden liegt, dann ist er risikoavers (risikoscheu).⁵⁶⁴

Verbraucher oder (private) Käufer werden meistens als risikoavers und Unternehmerv Verkäufer als zumindest risikoneutral gesehen.⁵⁶⁵ Zu beachten ist aber, dass derartige Aussagen auf einem sehr vereinfachten Modell beruhen. Die Risikogeneigtheit ist beispielsweise auch abhängig vom Einkommen und der Vermögenslage. Das nach *Arrow* und *Pratt* benannte Arrow-Pratt-Maß berücksichtigt dies.⁵⁶⁶

Die (wenn auch vereinfachten) typischen Haltungen zum Risiko sollten vom Vertragsrecht abgebildet werden. Bei Konstellationen, wo diese typischen Annahmen nicht passen, sollte man, durch die Möglichkeit der dispositiven Ausgestaltung der Bestimmungen, eine entsprechende individuelle Anpassung,

⁵⁶⁴ *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 439.

⁵⁶⁵ *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 276.

⁵⁶⁶ Vgl. *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 39-40; *Arrow*, Essays in the Theory of Risk-Bearing. Amsterdam 1970; *Pratt*, Risk Aversion in the Small and in the Large. *Econometrica* (1966) Vol. 32 Nr. 1/2, 122-136.

privatautonom zulassen. Wenn die Bestimmungen aber zwingend ausgestaltet sind, ist das nicht möglich und es scheint so zu ineffizienten Zuständen zu kommen.

Ein genaueres Bild kann man erlagen, wenn man in die spieltheoretischen Betrachtungen, die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie einflechtet.⁵⁶⁷

4. Die Prospect Theory

a. Ausgangslage

Die Gedankenexperimente der klassischen Spieltheorie und Ökonomie stehen immer unter der Annahme der perfekten Rationalität. Die Verhaltenswissenschaft hat aber gezeigt, dass sich der Mensch zum einen nicht immer so rational verhält, wie dies im Modell des *Homo oeconomicus* oft den Anschein hat. Außerdem ist, vor allem bei den dynamischen wiederholten Spielen, das Herausfinden der optimalen Strategie mit der Fähigkeit verbunden, sich auch in die komplexen Denkprozesse des Gegenspielers zu versetzen. Dies setzt eine entsprechend hohe "Rechenkapazität" voraus. Die Suche nach der optimalen Strategie verursacht demensprechend hohe Kosten, die mit dem Nutzen dieser optimalen Strategie abgewogen und meist nicht getätigt werden. Es werden Annahmen getroffen, die oft nicht rational sind, aber die eine Grundlage von Entscheidungen bilden.

Die Tatsache der beschränkten Rationalität in menschlichen Entscheidungsprozessen wollte man nun auch in die Spieltheorie einfließen lassen.⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ Siehe II.E.

⁵⁶⁸ Holler/Illing, Einführung in die Spieltheorie, 157.

b. Mathematisch-logisches Modell inkl. beschränkter Rationalität

Die *Prospect Theory*, die im Deutschen auch als neue Erwartungstheorie bekannt ist⁵⁶⁹ und von *Kahneman* und *Amos*⁵⁷⁰ entwickelt wurde, versucht das tatsächliche Entscheidungsverhalten des Menschen mathematisch zu beschreiben.⁵⁷¹

Die in empirischen Untersuchungen festgestellten Abweichungen vom Rationalverhalten wie bspw der *Endowment*-Effekt, die Verlustaversionen oder das falsche Einschätzen von Wahrscheinlichkeiten, sollen in der *Prospect Theory* (im Gegensatz zur herkömmlichen Nutzenfunktion der Erwartungsnutzungstheorie⁵⁷²) eine entsprechende Berücksichtigung finden.⁵⁷³ Die *Prospect Theory* hat zwei verschiedene Komponenten, die Wertfunktion und die Gewichtungsfunktion.

Die Wertfunktion zeigt, dass von einem Referenzpunkt aus, der objektive Verlust oder Gewinn oft subjektiv anders eingeschätzt wird. Sie zeigt auch, dass Verluste schlimmer empfunden werden, als nicht realisierte Gewinne.

⁵⁶⁹ Die Traditionelle Ökonomie geht von der Erwartungsnutzungstheorie aus, dieser wird die *Prospect Theory* entgegengesetzt, vgl *Beck*, Behavioral Economics, 10.

⁵⁷⁰ *Kahneman/Amos/Tversky*, Econometrica, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, Econometrica 47/2, 263-291.

⁵⁷¹ Vgl *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 199; *Bechtold*, Die Grenzen des zwingenden Vertragsrechts, 230; *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 40.

⁵⁷² Vgl *Beck*, Behavioral Economics, 101 ff.

⁵⁷³ Siehe II.E.

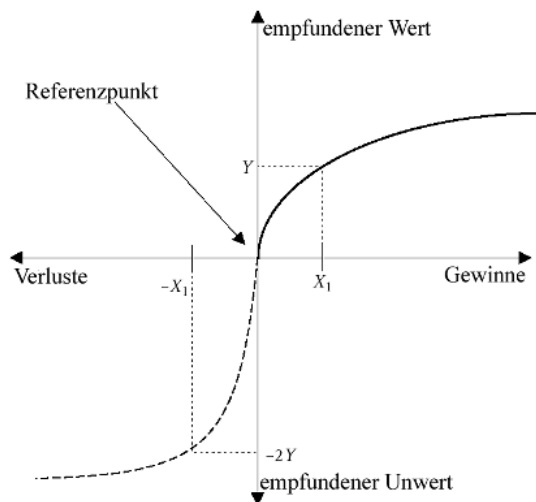


Abbildung 2: subjektive Werteinschätzung (Wertfunktion)⁵⁷⁴

Auf der x-Achse sind die objektiven Gewinne bzw Verluste dargestellt. Die y-Achse stellt den empfundenen Wert oder Unwert dar. Aus dem Verlauf folgt, dass der Gewinn X_1 als Wert Y empfunden wird. Dieser Zusammenhang ist noch relativ proportional. Deutlich sichtbar wird das Missverhältnis zwischen dem objektiven Verlust und dem gefühlten Unwert hingegen bei Verlusten. Ein relativ kleiner Verlust $-X_1$ steht einem groß empfundenen Unwert $-2Y$ gegenüber.

Die zweite Komponente der *Prospect Theory* ist die Wahrscheinlichkeitsgewichtungsfunktion. Hier wird der objektiven Wahrscheinlichkeit, die subjektiv wahrgenommene Wahrscheinlichkeit gegenübergestellt. Bei hohen objektiven Wahrscheinlichkeiten, wird man diese subjektiv niedriger einschätzen, als umgekehrt.

⁵⁷⁴ Schweizer, Darstellungseffekt und Risikoverhalten im Zivilprozess, in Jusletter 7. März 2005 Rz 8.

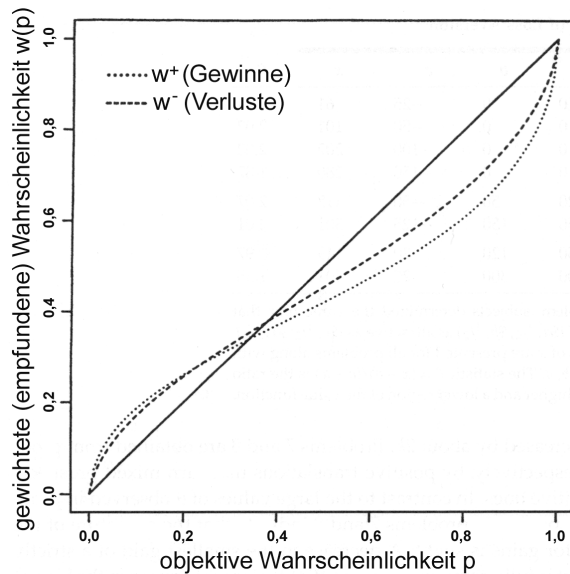


Abbildung 3: Gewichtungsfunktion nach Tversky/Kahneman ⁵⁷⁵

Auf der x-Achse ist die objektive Wahrscheinlichkeit (p) aufgetragen. Die y-Achse stellt die empfundene Wahrscheinlichkeit (w) dar. Beim *Homo oeconomicus* ist der Zusammenhang der beiden Wahrscheinlichkeiten linear. Real schätzen Menschen den Eintritt eines Gewinnes (w^+) anders ein, als den Eintritt eines Verlustes (w^-). Man kann deutlich die Abweichungen von der durchgehenden Linie des *Homo oeconomicus* sehen. Bei hohen Wahrscheinlichkeiten sind Menschen risikoavers, wenn es um Gewinne geht und risikofreudig, wenn es um Verluste geht. Bei niedrigen Wahrscheinlichkeiten hingegen zeigt sich, dass Menschen risikoavers bei Verlusten und risikofreudig bei Gewinnen sind.

c. Auswirkungen der *Prospect Theory*

Der Psychologe und Mathematiker *Daniel Kahnemann* fasst nicht nur die wichtigsten Erkenntnisse aus der verhaltenspsychologischen Forschung zusammen, er schafft es auch, dies auf eine allgemein, verständliche Weise zu präsentieren. Dabei verzichtet er auch keines Wegs darauf, die entsprechenden Belege für eine Überprüfung zu liefern. Er spricht sich außerdem absolut nicht gegen die bestehenden Werkzeuge der Volkswirtschaftslehre aus; er relativiert in einigen Punkten, die von ihm mitentwickelte *Prospect Theory*; in manchen

⁵⁷⁵ Vgl. Tversky/Kahneman, Choices, Values and Frames, 120; Beck, Behavioral Economics, 144.

Bereichen sei die Abweichung von der Rationalität irrelevant und die Vorhersagen der ökonomischen Theorie, wären oft sehr präzise.⁵⁷⁶

Einwände von Kritikern, die beobachteten, Verhaltensanomalien würden sich im Endergebnis neutralisieren, haben sich aber wohl zerschlagen.⁵⁷⁷ Was mE einen nachvollziehbaren Kritikpunkt darstellt ist, dass sich die, aus den zahlreichen Laborexperimenten stammenden Erkenntnisse, manchmal nicht ganz eindeutig auf die reale Welt umsetzen lassen;⁵⁷⁸ die meisten gut untersuchten und auch empirisch durch Feldstudien in der "realen Welt" belegten Verhaltensabweichungen, haben sich nach der Ansicht von *Schmolke* auch außerhalb des Labors, als richtig herausgestellt.⁵⁷⁹

Die *Prospect Theory* kann für Gewährleistung bei einem Kaufvertrag bedeuten, dass gemäß der Gewichtungsfunktion, beschränkt rational handelnde Käufer, auf einem Markt, welcher durch Qualitätsunsicherheit geprägt ist, das Risiko eines Mangels, wohl zu optimistisch eingeschätzt wird. Die Wertfunktion kann man ähnlich interpretieren, wenn nämlich die Verluste höher gewichtet werden, als entgangene Gewinne. Die Verluste wären in diesem Fall, die anfallenden Garantiekosten. Der entgangene Gewinn wäre die fehlende Versicherungsleistung wegen der Mangelhaftigkeit (bzw ein qualitativ höherwertiges Produkt).

D. Die Bedeutung für das zwingende Gewährleistungsrecht

1. Allgemeines Verständnis der Gewährleistung

Es gibt wohl eine wirtschaftliche und eine rechtliche Sicht der Gewährleistung, genauso kann auch der Abschluss eines entgeltlichen Vertrages von den verschiedenen Standpunkten aus betrachtet werden. Der Abschluss eines Kaufvertrages folgt nach ABGB den Regeln der Rechtsgeschäftslehre durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Man kann zwischen einem

⁵⁷⁶ *Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, 352.

⁵⁷⁷ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 205.

⁵⁷⁸ *Schierreck*, Behavioral Economics und experimentelle Wirtschaftsforschung: Zum Nobelpreis an Daniel Kahnemann und Vernon Smith, Wirtschaftsdienst 2002/11, 698.

⁵⁷⁹ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 207.

äußeren und einem inneren Vertragsabschluss unterscheiden. Das Fundament ist die Bildung eines freien Willens. Informationsasymmetrien können einen an sich gültigen Vertragsabschluss anfechtbar machen.

Aus ökonomischer Sicht lässt sich der Entscheidungsprozess der auf Käuferseite zum Abschluss eines Vertrages führt, in verschiedene Phasen einteilen, in denen Verkäufer (gemeint sind Unternehmer-Verkäufer), ihre Marketingaktivitäten entsprechend ausrichten. *Riha*⁵⁸⁰ verweist in diesem Zusammenhang in seiner Untersuchung auf die viergliedrige Struktur nach *Bänsch*. Dieser unterteilt die verschiedenen Phasen eines Kaufabschlusses in Anregung, Suche, Optimierung und Kontrolle.⁵⁸¹

Von diesen oder ähnlichen Phasenmodellen gibt es eine Vielzahl.⁵⁸² Sie weichen teilweise in der verhaltenspsychologischen Detailliertheit von jenen Vorstellungen ab, die den gesetzlichen Vorstellungen bezüglich des Abschlusses und der Abwicklung von Verträgen zu Grunde liegen. Es gibt aber auch keine offensichtlichen Widersprüche. All diese Modelle lassen sich nach *Bänsch* in Anbahnungs-, Verhandlungs- und Geschäftsabschlussphase zusammenfassen.⁵⁸³

Durch die juristische Brille betrachtet, entwickeln die Rechte aus der Gewährleistung erst in der Geschäftsabschlussphase (Ablieferung der Leistung) ihre praktische Relevanz. Zumindest wenn es um die Entstehung der durchsetzbaren Ansprüche geht, denn der Übergeber leistet gem § 924 S 1 Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind.⁵⁸⁴ Maßgeblicher Zeitpunkt ist, wenn kein Annahmeverzug vorliegt, nämlich die Übergabe.⁵⁸⁵

*Koziol/Welser*⁵⁸⁶ bedienen sich für die Charakterisierung des Begriffes der Gewährleistung des altdeutschen Spruchs "Einem geschenkt Gaul, schaut man nicht ins Maul", um herauszustreichen, dass es Gewährleistung nur bei

⁵⁸⁰ *Riha*, Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB, 52.

⁵⁸¹ *Bänsch*, Kaufverhalten⁹, 7.

⁵⁸² *Bänsch*, Verkaufspsychologie und Verkaufstechnik⁹, 44.

⁵⁸³ *Bänsch*, Verkaufspsychologie und Verkaufstechnik⁹, 44.

⁵⁸⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Rechts II¹³, 66.

⁵⁸⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Rechts II¹³, 77.

⁵⁸⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 64.

entgeltlichen Verträgen gibt.⁵⁸⁷ Auch wenn Schenkungen, wenn auch etwas eingeschränkt, einklagbare Verträge sind, muss der Schenkende nicht damit rechnen, mit den verschuldensunabhängigen Ansprüchen aus der Gewährleistung konfrontiert zu werden.

Die Gewährleistung hat also nach § 922 ABGB nur entgeltliche Verträge vor Augen zB Kauf-, Tausch- und auch entgeltliche Werkverträge; ein Schenker muss nicht fürchten, dass er gewährleistungspflichtig werden kann.⁵⁸⁸

Ziel ist es Störungen der subjektiven Äquivalenz auszugleichen. Was geschuldet ist, soll geleistet werden. Maßgeblich sind dabei die individuellen Wertvorstellungen beim Vertragsabschluss, die sich beispielsweise beim Kauf im vereinbarten Preis zeigen. Es geht um die Herstellung eines Gleichgewichts, daher ist es auch unerheblich, ob die Inäquivalenz verschuldet wurde oder nicht. Aus dem Stellenwert des Äquivalenzgedankens zeigt sich, dass die Gewährleistung durch einen hohen Gerechtigkeitsanspruch gekennzeichnet ist.⁵⁸⁹

Bestimmungen, die einen hohen Grad an Fairness aufweisen, müssen aber nicht unbedingt im selben Maße auch ökonomisch effizient sein⁵⁹⁰ (und vice versa), wobei ein juristischer Effizienzbegriff sich meist nicht mit der ökonomischen Effizienz deckt.⁵⁹¹ Es gilt, was für alle Verträge gilt, in denen es zu einem Austausch kommt. Insgesamt soll es zu einer Nutzen- oder Wohlstandserhöhung kommen. Gewährleistungsbestimmungen gelten an sich ganz allgemein als pareto-effizient.⁵⁹² Begründet wird dies aus dem Versicherungscharakter, der in den Leistungsstörungenbestimmungen und so auch der Gewährleistung enthalten ist.⁵⁹³

⁵⁸⁷ Den Spruch gibt es in vielen verschiedenen Sprachen und wird dem Theologen Eusebius Hieronymus aus dem 4. Jhdt. n. Chr. zugeschrieben, vgl. *Zimmermann (Hrsg)*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 362.

⁵⁸⁸ P. Bydlinski in KBB³, § 922 ABGB, Rz 2; sowie Bollenberger in KBB³, § 945 Rz 1.

⁵⁸⁹ P. Bydlinski in KBB³, § 922 ABGB, Rz 6; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³, 65.

⁵⁹⁰ Siehe III.C.1

⁵⁹¹ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 55.

⁵⁹² Siehe zum Begriff der Pareto-Effizienz II.B.1.

⁵⁹³ Siehe zur Versicherungsfunktion allgemein III.C.3.c.

Diese Versicherungsfunktion kann nur der Verkäufer so billig anbieten, weil er wohl am besten über sein Produkt Bescheid weiß und dies entsprechend in seine Preisvorstellungen hineinkalkulieren kann. Die Übertragung dieser Information auf einen Dritten Versicherer wäre mit hohen Transaktionskosten verbunden. Für Mangelfolgeschäden trifft dies wohlgerne nicht zu, da dieses Risiko mehr dem Käufer zuzurechnen ist.⁵⁹⁴ Dieser rechtsökonomische Gedankengang stimmte mit den bisherigen Grundsätzen des österreichischen Gewährleistungsrechts überein, wonach Mangelfolgeschäden grundsätzlich nicht aus dem Titel der Gewährleistung zu ersetzen waren, sondern nur bei Verschulden über den Titel des Schadenersatzes.⁵⁹⁵ Dieses Grundprinzip ist seit der Entscheidung des EuGH⁵⁹⁶ wohl aber nicht mehr in Stein gemeißelt, da der Aus- und Einbau einer vom Käufer selbstständig eingebauten Sache, vom Übergeber vorzunehmen ist oder die notwendigen Kosten zu tragen sind. Diese Aufwendungen waren bis jetzt aus dem Titel der Gewährleistung nicht ersatzfähig, da sie als Mangelfolgeschäden gelten.⁵⁹⁷

Im Vordergrund steht bei der Gewährleistung jedenfalls die Wahrung der Äquivalenz, wenn auf den zumutbaren Selbstschutz des Käufers verwiesen wird ("Augen auf, Kauf ist Kauf"), kommt aber wieder die informationsübertragende Rolle der Gewährleistung ins Spiel.⁵⁹⁸ Sonst stehen die informationsübertragenden Funktionen der Gewährleistungsregeln, aus der Sicht der juristischen Kommentarliteratur eher weniger im Focus.

Somit ist auch der Aspekt des *Signallings* nicht in der Lehr- und der Kommentarliteratur zum österreichischen Gewährleistungsrecht berücksichtigt. Auch für die Frage, in wieweit man privatautonom über Bestimmungen der Gewährleistung vertraglich disponieren können sollte. Man hat den Eindruck,

⁵⁹⁴ Schäfer/Ott, Lehrbuch der Ökonomische Analyse des Zivilrechts⁵, 517.

⁵⁹⁵ P. Bydlinski in KBB³, § 933a ABGB, Rz 10.

⁵⁹⁶ EuGH C-65/09, Gebr. Weber, und C-87/09, Putz, vom 16.6.2011.

⁵⁹⁷ Vgl Reif, Aus- und Einbau beim Austausch: Unterschiedliches Gewährleistungsrecht für Unternehmer und Verbraucher, RdW 2014, 383.

⁵⁹⁸ Vgl Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 473; mit Verweis auf Franz von Zeiler, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II/1 (1812), 131.

dass Informationsprobleme nur unter dem Regime der Willensmängel im Gesetz abgebildet werden.⁵⁹⁹

Gewährleistung ist nimmt eine gewisse "Mittelstellung" zwischen der ursprünglichen Mangelhaftigkeit des Vertrages (wie auch immer diese aussehen mag) und den Leistungsstörungen ein. Es ist nämlich egal, ob der Mangel ursprünglich vorhanden war oder erst nachträglich eingetreten ist.⁶⁰⁰

Gewährleistung ist ein Beispiel dafür, wie aus eigentlich dispositivem Recht de facto zwingendes Recht wurde. Diese Entwicklung wurde aus jetziger Sicht vorwiegend von der Rechtsprechung in Gang gesetzt, ohne dabei den Charakter der Informationsübertragung vor Augen gehabt zu haben.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 929 ABGB hat derjenige keinen Anspruch auf Gewährleistung, der darauf verzichtet. Danach gehören die §§ 922 ff ABGB zum dispositiven Recht. Vereinbarungen, welche die Gewährleistung des Erwerbers einschränken, sind grundsätzlich gültig. Dennoch würde es zu weit gehen einen Totalverzicht als wirksam anzusehen, denn der OGH prüft derartige Ausschlussklauseln aus dem Blickpunkt der Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB. Daraus folgt der bekannte Stehsatz: ein genereller Gewährleistungsausschluss kann für praktisch neue Sachen, nicht gültig vereinbart werden.⁶⁰¹

In diesem Zusammenhang ist aber auch die Bestimmung des § 9 KSchG zu beachten, welche aus der Anzahl der getätigten Rechtsgeschäfte in der Wirtschaftspraxis eine größere Bedeutung hat, als die allgemeine Regel. Die dispositiven Anteile der Gewährleistung gehen beim Verbrauchergeschäft gegen Null.

Für Verbraucher ist die Gewährleistung relativ zwingendes Recht, denn abweichende Vereinbarungen zu Lasten des Verbrauchers sind grundsätzlich unwirksam. Nur durch eine Hintertür könnte der Unternehmer, durch sogenannte Leistungsbeschreibungen, von eine Gewährleistungspflicht umgehen, indem er klarstellt, dass eine bestimmte, sonst gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft,

⁵⁹⁹ Siehe III.A.2.

⁶⁰⁰ *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 65.

⁶⁰¹ *P. Bydlinski in KBB*³, § 929 ABGB, Rz 3.

fehlt.⁶⁰² Dies könnte in der Folge dazu beitragen, den Verkäufer zu einer Offenlegung seiner Leistung anzuhalten. Informationsasymmetrien können somit wieder ausgeglichen werden, schließlich wurde der (Verbraucher-) Vertragspartner über die Eigenschaften des Vertragsgegenstandes informiert. Das Problem ist aber, dass Verbraucher bei einem komplexen Vertragsgegenstand (zB in der Baubranche) manchmal nur schlecht abschätzen können, welche Folgen damit verbunden sind.

§ 9 KSchG hat nicht nur unmittelbar für Verbraucherverträge eine Bedeutung. Von Rechtsprechung wird als Maßstab zur Beurteilung der allgemeinen Sittenwidrigkeit auch § 9 KSchG herangezogen und erhält somit über diesen Umweg einen gewissen allgemeinen Einfluss. Den Spagat zwischen absoluter Freiheit in § 929 ABGB und strenger Vorgabe in § 9 KSchG kann der Gesetzgeber nicht im Sinn gehabt haben⁶⁰³

Eine informationsübertragende Rolle kann den Bestimmungen in § 928 ABGB zugeschrieben werden. Danach kann für Mängel, die "in die Augen fallen" oder aus öffentlichen Büchern ersichtlich sind, keine Gewährleistung geltend gemacht werden. Es handelt sich dabei nicht um einen gesetzlichen Ausschluss der Gewährleistung, es wird vielmehr davon ausgegangen, dass kein Mangel im Sinne der Gewährleistung vorliegt.⁶⁰⁴

2. Begrenzte Signalisierungsmöglichkeiten durch zwingende Gewährleistungsbestimmungen

a. Allgemein

Blickt man auf das österreichische Gewährleistungsrecht, stellt sich die Frage, inwieweit die Bestimmungen ein *Signalling* ermöglichen oder ob sie durch zwingende Ausgestaltung dieses *Signalling*, behindern.⁶⁰⁵ Wo fördert das Recht die Möglichkeit auf gute Qualität hinzuweisen und wo erweisen sich die zwingenden Regelungen eventuell als Klumpfuß für ein *Signalling* und wie wird dies gerechtfertigt?

⁶⁰² Apathy in Schwimann³, § 9 KSchG, Rz 3.

⁶⁰³ P. Bydlinski in KBB³, § 929 ABGB, Rz 3.

⁶⁰⁴ P. Bydlinski in KBB³, § 928 ABGB, Rz 1.

⁶⁰⁵ Zum Signalling allgemein Siehe III.C.3.

Die praktisch wichtigste Einschränkung, was die Möglichkeit betrifft Gewährleistungsrechte vertraglich gestalten zu können, findet man im Bereich des Verbraucherrechts.

Die §§ 8 bis 9b KSchG, die sich der Gewährleistung widmen, beruhen im Wesentlichen auf der Verbrauchsgüterkauf-RL⁶⁰⁶. Artikel 7 der Richtlinie legt fest, dass die Rechte des Verbrauchers, die sich aus der Richtlinie ergeben, grundsätzlich unabdingbar sind. Dies entspricht im Wesentlichen auch allen einschlägigen Verbraucherschutzrichtlinien.⁶⁰⁷

§ 9KSchG Abs 1 gibt Art 7 Abs 1 (1) der Richtlinie wieder und macht grundsätzlich die allgemeinen Gewährleistungsregeln (§§ 922 bis 933 ABGB) zugunsten des Verbrauchers einseitig zwingend.⁶⁰⁸

Noll beschäftigt sich mit den wirtschaftlichen Auswirkungen anlässlich der Umsetzung der Richtlinie. Er erkennt dabei auch, dass mit der Gewährleistung ein *Signalling* und somit eine Qualitätsinformationsfunktion verbunden sein kann und dass die zwingende Ausgestaltung für dieses *Signalling* ein Problem sein könnte. Das bekommt in seinem Kommentar jedoch nur wenig Raum. Größeres Augenmerk schenkt er den mit der Reform verlängerten Fristen zur Geltendmachung von Gewährleistungsrechten. Er kommt zum Schluss, dass die bewirkte Verlängerung, zwar höhere Kosten verursachen wird, insgesamt solle die Verlängerung der Frist aber auch zu einem höheren Vertrauen in die angebotenen Güter beitragen.⁶⁰⁹ Er stellt damit aber eher die Qualitätsanreizfunktion in den Mittelpunkt. Es ist allgemein an die Verbraucher ein "Signal", dass durch die verschuldensunabhängige Haftung, das allgemeine Qualitätsniveau steigen wird. Die tatsächliche Signalisierungsmöglichkeit des einzelnen Unternehmers sinkt jedoch.

⁶⁰⁶ RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, Amtsblatt Nr. L 171 vom 07/07/1999 S. 0012 – 0016.

⁶⁰⁷ Vgl *Welser/B. Jud*, Reform des Gewährleistungsrechts, 14. ÖJT Band II/1, 18.

⁶⁰⁸ *Kathrein* in KBB³, § 9 KSchG Rz 1.

⁶⁰⁹ *Noll*, Juristisch-ökonomische Anmerkungen zur Reform des Gewährleistungsrechts, Wirtschaft und Gesellschaft 2001, 4.

Schwerer als die Verlängerung der Fristen wiegt die zwingende Ausgestaltung der Gewährleistung, da vom Gesetz zwingend ein Basis-Niveau vorgegeben wird, welches es dem Verkäufer eben schwieriger macht, sich von anderen Marktteilnehmern durch Signalisieren eines höheren Qualitäts-Niveaus, abzuheben. Das *Signalling* wird durch § 9 KSchG stark eingeschränkt.

Die Möglichkeit des *Signallings* ist wohlfahrtsfördernd⁶¹⁰ und Einschränkungen sollte man mit einer gewissen Skepsis gegenüberstehen. Aber es bleiben auch innerhalb des KSchG Möglichkeiten des Signalisierens von guter Qualität bzw kann die Gewährleistung auch dazu führen den Vertragsgegenstand objektiv so zu beschreiben, dass auch "Mängel" offengelegt werden, da der Unternehmer eine Verpflichtung hat dafür gewähr zu leisten. Dies führt aber zu einem anderen Problem, das der Leistungsbeschreibungen.

b. Leistungsbeschreibungen

Gewährleistung bedeutet das Entstehen Müssen für Mängel, die im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sind. Ein Mangel liegt nach § 922 ABGB dann vor, wenn die Leistung nicht den bedungenen⁶¹¹ oder den gewöhnlich vorausgesetzten⁶¹² Eigenschaften entspricht, wenn also das Geleistete in negativer Weise vom Geschuldeten abweicht; als Maßstab für den Mangelbegriff gilt somit der konkrete Vertrag.⁶¹³

Im Lichte des *Signallings* haben Leistungsbeschreibungen, die detailliert die positiven, wie auch die negativen Teile der versprochenen Leistung zum Inhalt haben, durchaus etwas für sich. Eine Leistungsbeschreibung hat einen informationsübertragenden Charakter. Sie deckt eventuelle Mängel der Leistung schon frühzeitig auf. Der Übernehmer kann durch die Transparenz einer Leistungsbeschreibung erkennen, womit er es zu tun hat und womit er im schlimmsten Fall rechnen muss. Dem Übergeber steht ein unbedenklicher Weg offen auch eine schlechte Leistung anzubieten, in dem er dies offen legt.⁶¹⁴ Durch

⁶¹⁰ Siehe III.B.4.b.

⁶¹¹ P. Bydlinski in KBB³ § 922 Rz 8.

⁶¹² P. Bydlinski in KBB³ § 922 Rz 8.

⁶¹³ P. Bydlinski in KBB³ § 922 Rz 1.

⁶¹⁴ P. Bydlinski in KBB³ § 929 Rz 4.

eine Leistungsbeschreibung könnte auch dem Problem der *Adversen Selection* und den damit verbundenen Ineffizienzen, entgegengewirkt werden.

Leistungsbeschreibungen können aber im Lichte des § 9 KSchG, wegen der Unzulässigkeit von Gewährleistungsausschlüssen, problematisch sein. Aus den allgemeinen Grundsätzen der Gewährleistung ergibt sich, dass, wenn aufgrund eines entgeltlichen Vertrages eine Sache erworben wird, man darauf vertrauen kann, dass diese die ausdrücklich bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften, besitzt. Auf der anderen Seite wiederum besagt § 928 ABGB, dass der Erwerber in seinem Vertrauen nicht schutzwürdig ist, wenn er offenbare Mängel übersieht oder wenn ihm die Mängel bekannt waren,⁶¹⁵ oder bekannt gegeben wurden, ohne dass sie aber erkennbar sein müssen.⁶¹⁶ Es steht die Frage im Raum, wann eine Leistungsbeschreibung als unzulässiger Gewährleistungsausschluss wirkt.

Ein Ansatzpunkt der ins Treffen geführt wird liegt in §§ 922, 928 ABGB begründet. Durch eine (negative) Leistungsbeschreibung müsse der Mangel in einer Weise offengelegt werden, dass ein Verbraucher die Möglichkeit hat, die Tragweite des Mangels zu erkennen und dies bei einem Vertragsabschluss auch berücksichtigen kann.⁶¹⁷

Praktisch wird an diese Anforderung, nämlich in der Erkennbarkeit für den Verbraucher, ein strenger Maßstab angelegt.

Mit Blick auf die Vermutungen der Vertragsmäßigkeit gem. Art 2 Abs 2 lit a-d der Richtlinie, erblickt *Faber* den Zweck, dass der Verkäufer veranlasst werden soll, den Verbraucher entsprechend hinzuweisen, wenn das gewünschte Produkt, seine berechtigten Erwartungen nicht erfüllt. Als Anreiz hierzu fungiert Art 2 Abs 3 der Richtlinie, wonach die Haftung des Verkäufers entfallen kann, wenn er den Verbraucher hinreichend informiert. Was auch damit in Einklang stehen würde, dass Informationspflichten im EG-Richtlinienrecht besonders

⁶¹⁵ *Welser/B. Jud*, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, 61.

⁶¹⁶ *P.Doralt/Kozioł*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf des Konsumentenschutzgesetzes, 121.

⁶¹⁷ *Fenyves*, KSchG und Gewährleistung in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981), 398.

häufig als adäquates Mittel für Verbraucherschutzzwecke angesehen werden.⁶¹⁸ Die Zulässigkeitsgrenzen von Leistungsbeschreibungen sind aus dem Gesichtspunkt des *Signallings* zu begrüßen, da Anreize geboten werden, auch wertsenkende Informationen zu offenbaren.

Die einschränkende Leistungsbeschreibung liegt dann vor, wenn der Mangel wirklich offengelegt wird und den Fehler konkret beschreibt. Dies muss auf eine solche Weise geschehen, dass der Übernehmer die Möglichkeit hat, die Tragweite zu erkennen und dies bei der Entscheidung den Vertrag abzuschließen zu berücksichtigen. Nur dann bewirkt die Leistungsbeschreibung, dass der Verkäufer für die offen gelegten Mangel nicht haftet, weil wegen der Leistungsbeschreibung gar kein Mangel im Rechtssinn vorliegt.⁶¹⁹

Es wird somit auf die Möglichkeiten des Übernehmers abgestellt, inwieweit eine Leistungsbeschreibung, eine Offenlegung des Mangels bewirkt. Entscheidend ist also der Empfängerhorizont.

⁶¹⁸ *Faber*, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, JBI 1999/7, 426.

⁶¹⁹ *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 929 Rz 6.

c. Fristveränderung als Signal

Eine Signalwirkung kann auch eine vertragliche Fristveränderung haben. Das Gesetz sieht bezüglich der Geltendmachung von Rechtsfolgen, die sich aus der Gewährleistung ergeben Fristen vor. Sie betragen gem. § 933 ABGB bei beweglichen Sachen zwei Jahre, bei unbeweglichen drei Jahre und bei Viehmängel sechs Wochen. Eine Verkürzung oder Verlängerung können die Parteien außerhalb des Verbrauchergeschäftes gem § 933 ABGB vereinbaren; sofern dies in den Grenzen der §§ 864a und 879 ABGB bleibt.⁶²⁰

Im Bereich des Verbraucherrechts bleibt es bei der Ausnahme, dass für die Veräußerung von gebrauchten, beweglichen Sachen nach § 9 KSchG, die Frist auf ein Jahr verkürzt werden kann, wenn es im Einzelnen ausgehandelt wurde.

Die vor der Gewährleistungsrechtsreform bestehende allgemeine Frist von sechs Monaten bei beweglichen Sachen wurde damals schon als zu kurz empfunden. In der Praxis wurde überdies bei fabriksneuen Waren die Sechsmonatsfrist wegen der einjährigen Garantie des Herstellers meist obsolet.⁶²¹ Die Hersteller nutzen ihre Möglichkeiten mit einem *Signallig*, auf gute Qualität hinzuweisen. Eine Erweiterung des gesetzlichen Mindestniveaus schränkt vor allem die Möglichkeiten von Anbieter mittlerer Qualität ein, Signale zu senden, um sich von schlechterer Qualität abzuheben. Der Level der Qualität insgesamt wurde aber als steigend eingeschätzt, was sich insgesamt in einer Wohlfahrtserhöhung auswirken sollte.⁶²²

Problematisch ist die praktisch zwingende Vorgabe der Fristen. Wenn man bedenkt, dass es zum einen, eine große Anzahl an verschiedenen Leistungen bzw Produkten gibt und dass es zum anderen, verschiedene Anforderungen und auch dementsprechend verschiedene Verhaltens- bzw Benützungsweisen der Übernehmer der Leistungen, gibt.

⁶²⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 81.

⁶²¹ Welser/Jud, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, 137.

⁶²² Vgl Noll, Juristisch-ökonomische Anmerkungen zur Reform des Gewährleistungsrechts, Wirtschaft und Gesellschaft 2001/4, 534.

Die Kriterien, wonach eine optimale Gewährleistungsfrist auszurichten wäre sind: die wirtschaftliche Dynamik des Produktes (zB eine Teekanne oder ein Smartphone), die durchschnittliche Lebensdauer (zB ein Kleiderschrank oder ein Hemd) und der Preis des Produktes (zB ein Auto oder ein Tretroller). Auch die Geneigtheit des käufer- bzw. verkäuferseitigen *Moral Hazards* sollte sich auf die Länge der Frist auswirken. Es gibt Produkte, bei denen es für den Verkäufer leichter möglich ist schlechte Produktionsstandards zu verbergen. Eine längere Frist würde dies erschweren. Der Käufer wiederum verliert die Motivation mit dem Produkt sorgsam umzugehen. Durch die langen Fristen (und den produktbedingten geringen Möglichkeiten) ist es auch schwieriger, eine Überbenutzung festzustellen.⁶²³

Eine gesetzliche Lösung müsste daher eine entsprechende Gruppenbildung vornehmen oder dies den Vertragsparteien überlassen. Im Lichte eines vollständigen Vertrages würde nur ein individuelles Aushandeln von Fristen zu einem pareto-effizienten Zustand führen.⁶²⁴ Da dieser Aufwand zu hoch ist, legt man vertretbare typisierte Anforderungen gesetzlich fest und nimmt eventuell spezielle Sachverhalte (wie Gebrauchtwagen, Autos und Nutztiere) heraus. Typisch für ein Verbrauchergeschäft ist, dass ein risikoneutraler Verkäufer einem risikoaversen Käufer gegenübersteht.⁶²⁵ Für den Handel mit Waren des täglichen Lebens bspw., ist eine fix vorgegebene Frist, die nicht lange ausgehandelt werden muss und Transaktionskosten spart, wohlfahrtsökonomisch sinnvoll – was auf einer Makroebene auch ein gewisses "Signalpotential" hat, weil damit wohl auch allgemein, marktsichernde Zwecke bedient werden.

Die Gewährleistungsfrist für gebrauchte Sachen beträgt gem § 9 Abs 1 KSchG auch mindestens ein Jahr. Dies führt dazu, dass sich der Markt für gebrauchte Waren, von den professionellen Händlern, zu Geschäften zwischen Privaten, verlagert. Der Handel mit Gebrauchtwagen der Kategorie "Bastlerhit", wo das KSchG zur Anwendung kommen würde, ist für jene Käufer, die weniger bezahlen möchten und die notwendigen Instandsetzungsarbeiten

⁶²³ Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechtes, 532.

⁶²⁴ Zum Vollständigen Vertrag siehe II.C.

⁶²⁵ Riha, Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB, 46.

selber durchführen können, aufgrund dieser Regelung praktisch nicht mehr vorhanden. Gebrauchte Fahrzeuge dieser Kategorie werden stattdessen von Händlern in Entwicklungsländer exportiert.⁶²⁶

Dies zeigen auch empirische Untersuchungen in der EU anlässlich der Verbrauchsgüter-Richtlinie 1999/44/EG. Die Kosten einer höheren Gewährleistungspflicht machen den Handel mit schlechten Qualitäten besonders unattraktiv. Ein Händler hat hinsichtlich der schlechteren Autos zwei Möglichkeiten: Er verkauft seine Autos in der EU, unter erhöhter Kostenbelastung durch die gesetzliche Gewährleistung oder er exportiert aus der EU ohne Gewährleistung, aber häufig an Kunden mit geringerer Zahlungsbereitschaft als in der EU, sowie mit erhöhten Transport- und Transaktionskosten. Die Verbrauchsgüterrichtlinie hat den Export lohnender werden lassen.⁶²⁷

Die Gewährleistung hat für gebrauchte Waren eine wichtige ökonomische Funktion zu erfüllen, diese ist aber eine andere, als bei neuen Waren. Dort soll sie Anreize für Qualität geben. Bei gebrauchten Waren besteht die Anreizfunktion in der Bereitstellung von entsprechender Information über Art und Zustand des gebrauchten Verkaufsgegenstandes. Das Problem ist dabei, dass diese Information in einer entsprechenden Form gegeben werden muss, damit nicht die Gefahr besteht, in eine die Gewährleistung unzulässige, ausschließende, Leistungsbeschreibung zu kommen. Auf der anderen Seite wird der Verkäufer eines gebrauchten Gegenstandes gar nicht in der Lage sein, die genauen Eigenschaften zu beschreiben, weil diese ihm gar nicht bekannt sind und eine Untersuchung zu teuer wäre. Für diese Fälle wäre es zweckmäßig, das Geschäft als Spekulationsgeschäft zu betrachten. Das Konzept des Verbraucherschutzes, welches den Verbraucher grundsätzlich als risikoavers betrachtet, lässt dies aber kaum zu. Der Handel mit gebrauchten Waren verlagert sich von Privat zu Privat erfolgt, mit der Folge, dass es in diesem Bereich gar keinen Verbraucherschutz gibt.⁶²⁸

⁶²⁶ Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse des Zivilrechtes*, 534.

⁶²⁷ R. Kirstein/Schäfer, *Erzeugt der Europäische Verbraucherschutz Marktversagen?* Center for the Study of Law and Economics Discussion Paper 2006-07, 23.

⁶²⁸ Riha, *Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB*, 148.

3. Verhaltensökonomische Aspekte und zwingendes Gewährleistungsrecht

Mit Hilfe von Informationen soll der Verbraucher selber eine Entscheidung treffen können. Diese Entscheidungen können vernünftig oder weniger vernünftig sein, sie sind durch ihre Informiertheit aber aus freien Stücken getroffen worden und das Machtgefälle ist ausgeglichen.⁶²⁹ Das Informationsmodell stellt vom Standpunkt der Privatautonomie sicherlich eine Weiterentwicklung im Vergleich zum sogenannten Sozialmodell dar.⁶³⁰

Das Sozialmodell engt den Entscheidungsspielraum durch zwingendes Recht ein und gibt eine Regelung vor, welche die Privatautonomie einengt. Das Informationsmodell hat somit das Sozialmodell abgelöst.

a. Die Grenzen der Neoklassik und des Informationsmodells

Wie gezeigt, sind die zwingenden Bestimmungen der Gewährleistung zum größten Teil, dem Verbraucherschutzbedürfnis geschuldet.⁶³¹ Dabei greift man auch beim Verbraucherschutz vorwiegend auf das klassische Modell des *Homo oeconomicus* zurück.

Die Idee ist, dass zwingende Bestimmungen im Verbraucherschutz, speziell im Bereich der Produkthaftung und der Gewährleistung, eine *Adverse Selection* verhindern sollen, wenn die Qualität der Produkte schwer zu beurteilen ist. Der Grund ist, dass es auf einem *Lemons Market*⁶³² zu einer überoptimalen Qualität der leicht beobachtbaren Produkteigenschaften (zB Produktdesign bei einem Auto) und zu einer unteroptimalen Qualität der schwer beobachtbaren Produkteigenschaften (zB Schadstoffausstoß bei einem Auto), kommen kann. Es kommt zu einem Marktversagen, da insgesamt die Durchschnittsqualität der Produkte auf einem Markt sinkt, weil sich nicht Produkte von höherer Qualität,

⁶²⁹ Vgl. *Dehn*, Allgemeine Informationspflichten nach Art 5 des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher in *Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009), 41f.

⁶³⁰ Zum Begriff des Sozialmodells vgl. *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 9-35.

⁶³¹ Siehe III.D.1.

⁶³² Zu den Begriffen des *Lemons Market* siehe III.B, der *Adversen Selection* siehe III.B.2.

durchsetzen können. Zwingende Bestimmungen - wie fest vorgegebene Gewährleistungsregeln (zB längere, fixe Fristen) - wären allgemein gerechtfertigt, da sie dies verhindern können.⁶³³

Aber auch durch die Möglichkeit des *Signallings* kann dem Käufer die Qualitätsunsicherheit genommen werden, wenn der Verkäufer die Möglichkeit dazu hat, sich positiv von anderen abzuheben. Fest vorgegebene Gewährleistungsbestimmungen können dieses *Signalling* jedoch behindern.⁶³⁴ Zwingende Bestimmungen sollten daher nicht zu weit gehen.⁶³⁵

Akerlof geht in seinem Modell von vollständigen rational, handelnden Akteuren aus. Das Misstrauen (und die dadurch die entstehende Verdrängung von qualitativ höherwertigen Autos) ergibt sich aus dem rationalen Verhalten der Beteiligten. Das Gegenmittel in dieser modellhaften Annahme, die Informationsübertragung durch *Screening* und *Signalling*, funktioniert bei der Rationalität von Käufer und Verkäufer demnach auch wunderbar. Die auf dem Markt agierenden *Homines oeconomici* können eine unbeschränkte Menge an Informationen aufnehmen und danach eine rationale Entscheidung treffen. Auf Grundlage dieser Prämisse, wurden bis vor kurzem Verbraucherschutzregelungen erstellt. Wie auch jene über den Verbraucherkreditvertrag zeigen.⁶³⁶

Das klassische Verbraucherschutzrecht hat seine theoretischen Grundlagen in der Ökonomie der Neoklassik und deren weiterentwickelten Formen der Informationsökonomie, wenn es sich im Wesentlichen auf das Informationsmodell stützt.⁶³⁷

Es entspricht aber nicht der praktischen Wahrnehmung, dass Informationsasymmetrien, so wie sie für das Verbrauchergeschäft typisch sind, beispielsweise mit einer Flut von gesetzlichen Informationspflichten ausgeglichen werden können. Ab einer gewissen Menge an Hinweisen, Aufklärungen und

⁶³³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵, 374.

⁶³⁴ Vgl. III.C.3.b.

⁶³⁵ Vgl. III.D.2.

⁶³⁶ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.4.2008 über Verbraucherverträge, ABl. Nr. L 133 vom 22.5.2008, S 66.

⁶³⁷ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 800.

Erläuterungen, führt jede zusätzliche Information nicht zu einer Verbesserung der Entscheidungsqualität, sondern verschlechtert sie sogar noch. Der Grenznutzen von Information ist somit nicht durchwegs positiv. Ab einem gewissen Punkt ist der Grenznutzen vielleicht sogar negativ, dann wenn Psychologen von einem *information overload*, sprechen.⁶³⁸ Dies wird zu einem gewissen Punkt auch zutreffen, wenn ein Zuviel an Informationsaktivitäten (Signalisierungsaktivitäten), auf den Verbraucher von Seiten der Unternehmer einwirkt.

Das ausschließlich auf Rationalität beruhende Informationsmodell, wird daher in der Zwischenzeit kritisch betrachtet.⁶³⁹ Verhaltensökonomische Erkenntnisse finden immer mehr Beachtung im Verbraucherschutz, da so das tatsächliche Verhalten der Menschen besser verstanden werden kann und man sich nicht nur auf Modelle berufen muss, die nur von logisch-theoretischer Natur sind, um dem Verbraucherschutz eine vernünftige Basis für seine Regeln zu geben. Dies hat auch die europäische Gesetzgebung erkannt.⁶⁴⁰

b. Die Informationsübertragungsfunktion der Gewährleistung im Lichte der Verhaltensökonomie

Märkte mit asymmetrischer Information bezüglich der Produktqualität brechen tatsächlich oder nicht so schnell zusammen, als man es nach dem *Market for Lemons* – Modell vermuten würde.⁶⁴¹ Warum ist das so? Eine Erklärung könnte aus der Verhaltensökonomie kommen.

Nimmt man bei der Betrachtung der Informationsübertragungsfunktion von Garantien und ihrer Gleichgewichtszuständen, neben den bereits dargestellten konservativ-spieltheoretisch geprägten Sichtweisen,⁶⁴² auch konkrete verhaltensökonomische Erkenntnisse mithinein, welche auch empirisch in Experimenten erlangt wurden,⁶⁴³ steht man vor dem Problem, diese Aspekte in

⁶³⁸ Rehberg, Der staatliche Umgang mit Informationen in Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 320.

⁶³⁹ Kalss, Das Scheitern des Informationsmodells gegenüber privaten Anlegern, VbR 2015/25, 40.

⁶⁴⁰ Tscherner, Can behavioral research advance mandatory law, information duties, standard terms and withdrawal rights? ALJ 1/2014, 145.

⁶⁴¹ Vgl Bazerman/Samuelson, I Won the Auction but Don't Want the Prize, The Journal of Conflict Resolution, Vol. 27 (1983), 618-634.

⁶⁴² Siehe III.C.2.

⁶⁴³ Siehe II.E.

ein anwenderorientiertes Modell zu packen. Es handelt sich um das Problem, die nicht perfekte Rationalität des Menschen, in eine Formel zu fassen.⁶⁴⁴

Eine Grundlage für eine Lösung könnte die *Prospect-Theory* bilden. Diese zeigt unter anderem, dass Menschen erstens Wahrscheinlichkeiten nicht richtig gewichten (können) und zweitens Verluste und Gewinne nicht linear einschätzen (können).⁶⁴⁵ Im Lichte der *Prospect-Theory* kann man jetzt auch Akerlofs "*Market for Lemons*" - Modell und die daraus gezogenen Schlüsse, wie auch die *Signalling-Hypothese*, betrachten.

Das *Market for Lemons* – Modell sollte man dahingehend weiterdenken, dass es mit der nicht perfekten Rationalität des Menschen ergänzt werden muss. Eine Grundannahme nach Akerlof ist, dass die Käufer eine Vorstellung von der verfügbaren Durchschnittsqualität haben. Interessant wäre nun, wie sich diese Vorstellung von der Durchschnittsqualität, im Lichte der nicht perfekten Rationalität der Käufer, bildet.

Gibt es auf einem Markt Autokäufer, die sich nicht an den Durchschnittsqualitäten der angebotenen Fahrzeuge orientieren, sondern in überoptimistischer Haltung darauf vertrauen, dass ihre Auswahlfähigkeiten besser sind, als die Fähigkeiten der durchschnittlichen Autokäufer, dann folgen sie einem *overconfidence*. Schätzen einzelne Käufer die (subjektive) Wahrscheinlichkeit geringer ein, dass genau ihr gewählter Gebrauchtwagen keine "Zitrone" ist, dann sind sie einer Kontrollillusion erlegen. Daraus können auf einem Markt viele Fehlentscheidungen resultieren, wenn eine große Anzahl an Käufern komplexe Kaufentscheidungsprobleme offenbar nicht durch mathematische Logik, sondern durch die mentale Abkürzung in der Form von derartigen Heuristiken lösen.⁶⁴⁶

Dieses Phänomen hat wohl in Summe auch eine Auswirkung auf den ganzen Markt. Es kann dadurch ein *race to the bottom* nicht (so schnell) stattfinden. Verkäufer von qualitativ höherwertigen Autos werden sich nun doch auf den Markt trauen können und müssen ihre Autos nicht in der Garage lassen.

⁶⁴⁴ Rehberg, Der staatliche Umgang mit Informationen, 302, in Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung.

⁶⁴⁵ Siehe III.C.4.

⁶⁴⁶ Siehe II.E.3.

Es kommt so zu einem tatsächlichen Anstieg der Durchschnittsqualität, von den am Markt angebotenen Autos. Ein Marktversagen durch die befürchtete negative Selektion wäre so mit Hilfe des Überoptimismus gebannt. Freilich auf Kosten jener Käufer, welche durch ihren Überoptimismus ihre schlechten Erfahrungen machen mussten.

Es gibt verschiedene Parameter, die den Überoptimismus mehr oder weniger beeinflussen. Interessant ist der Parameter Information. Die Menge der Information, die einer Versuchsperson zur Verfügung steht, hat einen Einfluss auf das Ausmaß des Überoptimismus. Je mehr Information zur Verfügung steht, desto zuversichtlicher sind Versuchspersonen, eine ihr gestellte Frage richtig beantwortet zu haben – auch wenn die gegebenen Informationen gar nichts zur Lösung der Frage beitragen konnten.⁶⁴⁷

Kirstein/Kirstein untersuchten in einem Experiment mit 248 Studierenden, in welchem Ausmaß sich der Effekt der negativen Selektion nach *Akerlof* einstellt, wenn nicht perfekt rationale Käufer agieren. Sie konnten belegen, dass beschränkt rationale Käufer die gefürchteten Ineffizienzen am Markt, die durch negative Selektion entstehen können, verhindern.⁶⁴⁸

Bei der Regelung einer gesetzlichen Gewährleistung, sollte der Gesetzgeber die folgenden ökonomischen Funktionen von vertraglichen Garantien, bedenken: Erstens die Versicherungsfunktion risikoaverser Kunden, gegen das Risiko einer notwendigen Reparatur, zweitens der Anreiz der Anbieter, gute Qualität zu liefern und drittens die Möglichkeit der Anbieter, gute Qualität zu signalisieren. Die ersten beiden Funktionen können auch durch eine gesetzliche Gewährleistung erreicht werden. Die dritte Funktion, die Ermöglichung von Qualitätssignalen in Situationen asymmetrischer Information, kann nicht durch eine gesetzliche Gewährleistungspflicht ersetzt werden.⁶⁴⁹ Es

⁶⁴⁷ *Oskamp*, Overconfidence in case-study judgments, *Journal of Consulting Psychology*, Vol 29, pp. 261-265.

⁶⁴⁸ Vgl. *R. Kirstein/A. Kristein*, Europäischer Verbraucherschutz: Ausdruck grenzenloser Regulierungswut oder sinnvoller Schutz für Käufer? *Erkenntnisse aus einem Laborexperiment*, *German Working Papers in Law and Economics* (2006), 1-6.

⁶⁴⁹ *Kirstein/Kristein*, 5.

wird auch betont, dass eine gesetzliche Gewährleistung, die Möglichkeiten des Signalisierens eines Anbieters von guter Qualität, einschränken kann.⁶⁵⁰

Im Experiment hat sich der Effekt der negativen Selektion nicht so stark gezeigt, wie dies von perfekt rational handelnden Marktteilnehmer zu erwarten gewesen wäre. Erklärt wird dieser empirische Befund spieltheoretisch. Durch die beschränkte Rationalität, insbesondere durch die Theorie des "iterativen Schließens".⁶⁵¹ Das Wort "iterativ" bedeutet wiederholend und bezieht sich auf das wiederholte Streichen dominierter Strategien.⁶⁵² Dieses Streichen der dominierten Strategien⁶⁵³ erfolgt so oft, bis nur mehr die dominante Strategie übrig bleibt, jedenfalls sollen möglichst viele dominierte Strategien wegfallen.

Akerlof hat in seinem Modell den Marktteilnehmer unterstellt, unendlich viele Iterationsschritte auszuführen – bis alle dominierten Strategien wegfallen. Beschränkt rational handelnde Teilnehmer können aber nur eine endliche Zahl an Iterationen ausführen. Aus der Sicht des praktischen Falles, wenn ein Gebrauchtwagen anzuschaffen ist, ist dies leicht nachvollziehbar. Ohne näher auf die spieltheoretischen Details einzugehen, kann gesagt werden, dass Marktversagen durch negative Selektion mit Hilfe der beschränkt rational handelnde Marktteilnehmer, verhindert wird. Aus Gründen der Markteffizienz sind also keine Eingriffe durch zwingende gesetzliche Gewährleistungsregelungen geboten.

Wenn es keinerlei gesetzliche Gewährleistung gäbe, befänden sich Konsumenten in einem Markt, in dem ihnen Verluste drohen würden. Wie das Experiment von *Kirstein/Kirstein* zeigt, wäre es in Summe für alle Verkäufer durchaus vorteilhaft, Garantieinstrumente anzubieten, um von einem Markt mit Verlustrisiko, (des Verbrauchers) in einem Markt mit wenig Verlustrisiko zu wechseln. Im Experiment konnten Garantien sogar für negative Preise angeboten werden. Doch in der Kalkulation eines einzelnen Verkäufers bedeutet eine vertragliche Garantiezusage zuerst einmal nur zu erwartende Kosten. Diese Kosten würden einmal auf den Produktpreis aufgeschlagen. Konsumenten wären

⁶⁵⁰ Kirstein/Kirstein, 6.

⁶⁵¹ Kirstein/Kirstein, 15.

⁶⁵² Vgl. *Winter*, Grundzüge der Spieltheorie, 36ff.

⁶⁵³ Zum Begriff siehe Exkurs zur Spieltheorie III.C.1.

in der Praxis auch zu optimistisch eingestellt. Sie würden für eine derartige Versicherung nicht mehr Geld ausgeben wollen und eine Versicherung würde auch nicht nachgefragt werden. Es ist daher ungewiss, ob vertragliche Garantien in ausreichendem Maße nachfragen werden würden. In Summe führt die beschränkte Rationalität aber zu Verlusten bei den Käufern. Das Marktversagen wegen beschränkter Rationalität könnte die zwingende gesetzliche Gewährleistung rechtfertigen.⁶⁵⁴

Der von *Kirstein/Kirstein* angesprochene Überoptimismus wird in der *Prospekt Theory* mit der Wahrscheinlichkeitsgewichtungsfunktion abgebildet. Gemeinsam mit der Wertfunktion, bildet die *Prospect Theory* die Entscheidungsfindung eines beschränkt rationalen Käufers ab.

Sowohl die Modelle der klassisch ökonomischen Analyse, die sich an der Rationalität des *Homo oeconomicus* orientieren, als auch die neueren Modelle, die sich mehr an den empirischen Befunden der Verhaltenspsychologie anhalten, zeigen Tendenzen auf, die man generell bei Überlegungen zum Einsatz zwingender Vorschriften, einbeziehen sollte. Sie liefern aber dennoch nur ein Verhaltensmodell.

Die Funktionskurven der *Prospect Theory* werden für jeden Markt und für jeden Käufer im Detail anders aussehen. Dennoch können die Modelle sicherlich einen Beitrag leisten, das Verständnis über die Wirkung von Rechtsnormen zu verbessern. Was man aber nicht übersehen darf ist, dass sich viele der Untersuchungen nur einem Teilaspekt widmen. Hier wurde schwerpunktmäßig der Teilaspekt der Signalwirkung von Garantien behandelt. Das Gesetz bildet mit den Gewährleistungsbestimmungen, neben der Signalisierungsfunktion, weitere ökonomische Funktionen von vertraglichen Garantien nach. Die Versicherungsfunktion für risikoaverse Käufer ist aus der Sicht der Käufer wohl die Wichtigste. Diese vielfältigen, komplexen Aufgaben stehen in einer Wechselwirkung zu einander.

⁶⁵⁴ Kirstein/Kristein, 17.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNIS

Einleitung

In der Einleitung wird die Forschungsfrage der Arbeit und ihr Untersuchungsverlauf in der Folge kurz skizziert. Die Frage ist, warum gibt es im Privatrecht überhaupt zwingendes Recht. Da das Privatrecht sehr stark vom Prinzip der Privatautonomie geprägt ist, werfen zwingende Bestimmungen die grundsätzliche Frage auf, ob sie wirklich notwendig sind und wenn ja, warum. Es wird festgestellt, dass die Frage nach dem Warum meisten aus einem wirtschaftlichen Blickwinkel aufgeworfen wird. Aus diesem Grund bietet sich die Methode der ökonomischen Analyse des Rechts für die Untersuchung an. Die Habilitationsarbeiten der letzten Jahre, die sich dieser Themenbereiche angenommen haben, machten sich auch diese Methode zu Nutze. Der erste Teil soll eine Begriffsbestimmung und einen historischen Überblick bieten. Der zweite Teil ist der Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts gewidmet. Der dritte Teil beleuchtet das zwingende Gewährleistungsrecht aus dem Aspekt der Informationsübertragung (*Signalling*) und verbindet ihn mit den Erkenntnissen aus der Verhaltensökonomie.

Teil I

Ob eine Bestimmung zwingend ist, ergibt sich aus dem Wortlaut oder aus ihrer Auslegung. Legistische Richtlinien geben vor, dass Normen so zu formulieren sind, dass klar sein soll, ob sie zwingend oder dispositiv sind. Zwingendes Recht hat im Privatrecht vorwiegend den Drittschutz vor Augen. Drittschutz ist dabei sehr weit zu verstehen, denn auch Rechtssicherheit und Vertrauensschutz wird man darunter subsumieren können. Bestimmungen, die den Abschluss von Rechtsgeschäften regeln, sind hingegen nicht grundsätzlich zwingend. Zwingende Normen sind meistens komplizierter und länger, da sie oft Ausnahmen von Grundprinzipien schaffen, dadurch müssen aber manchmal auch Gegenausnahmen geschaffen werden. Lange und komplizierte Tatbestände sind die Folge. Zwingendes Recht findet man häufig im Familienrecht. Dort ist ein besonderes Bedürfnis nach Unveränderbarkeit gegeben, denn das Recht verleiht dort einen bestimmten unveränderbaren "Status" mit sozialrechtlicher Wirkung. Im Sachenrecht dient der Typenzwang der

Sicherheit des Rechtsverkehrs, er senkt auch die Informationskosten, die bei der Übertragung entstehen. Mehr Kritik wird dem zwingendem Recht bisweilen in Sonderprivatrechten (zB Mietrecht, Arbeitsrecht, Verbraucherschutzrecht) entgegengebracht, denn dort hat man es vorwiegend mit relativ zwingenden Normen zu tun. Oft werden dabei öffentlich-rechtliche Regelungsziele verfolgt, die aber besser mit Privatrecht umgesetzt werden können. Die Privatautonomie wird als eine Grundvoraussetzung einer liberalen Wirtschaftsordnung gesehen, auf Einschränkungen wird scheinbar oft etwas überempfindlich reagiert. Das Privatrecht ist aber auch von anderen Prinzipien geprägt. Innerhalb der Privatautonomie gibt es ein gewisses Prinzipienkonfliktpotential: wenn Vertragsfreiheit (Formfreiheit, Abschlussfreiheit, Inhalts- und Gestaltungsfreiheit), Eigentumsfreiheit, Testierfreiheit und Vereinigungsfreiheit aufeinander treffen sind Spannungsfelder vorprogrammiert. Zwingendes Recht hat auch eine verfassungs- und grundrechtliche Dimension: Auf der einen Seite ist die Privatautonomie (Grundrecht auf Eigentum) geschützt, auf der anderen Seite wirken Grundrechte auch mittelbar in das Privatrecht und der Staat muss die Bürger vor einander schützen.

Die Idee der Privatautonomie kommt aus dem Wirtschaftsliberalismus des 19. Jhd. – obwohl viele bekannte privatrechtliche Institute ihren Ursprung im Römischen Privatrecht haben, kommt die Privatautonomie nicht von den Römern. Das Römische Recht kannte die Vertragsfreiheit zwar in weiten Bereichen, allgemein gab es aber ein sehr starres Vertragsrechtskorsett. Das ABGB wurde, so wie alle Privatrechtskodifikationen, vom Wirtschaftsliberalismus geprägt. Bei der Schaffung des ABGB wurde die Vertragsfreiheit selten bis gar nicht thematisiert oder problematisiert. Erst später wurden Sonderprivatrechte (*Otto von Girke* sprach davon und forderte "soziales Öl" für das Privatrecht ein) geschaffen, welche die Freiheiten etwas einschränkten. In der letzten Zeit wird gerne darauf Bezug genommen und davon gesprochen, dass das Privatrecht darin (gemeint ist das "soziale Öl" in der Form von zwingenden Bestimmungen im Vertragsrecht) zu ertrinken drohe.

Teil II

Gegen zwingende Normen im Vertragsrecht werden gerne wirtschaftliche Argumente vorgebracht. Die sogenannte "wirtschaftliche Betrachtungsweise" folgt oft nicht den Methoden der Rechtsökonomie. Diese baut vielmehr auf der Wohlfahrtstheorie auf: Wenn jedes Gesellschaftsmitglied seinen Nutzen maximiert, dann steigt in Summe auch der Gesamtnutzen für die Gesellschaft. Diese Erhöhung des Gesamtnutzens soll das kollektive Ziel sein. Zwingende Bestimmungen können anhand verschiedener Beurteilungsmaßstäbe analysiert werden: Das *Pareto-Kriterium* und das *Kaldor-Hicks-Kriterium* kann man dazu nutzen, um zwingendes Recht und die Auswirkung auf die Wohlfahrt zu analysieren.

Auch *Roland Coase* beschäftigte sich mit den Auswirkungen von Normen auf die Wohlfahrt. Sein Theorem sagt aus, dass Märkte in der Lage sind, mit externen Effekten selbständig umzugehen. Das Recht sollte darauf rücksichtnehmen, dass in der Optimal-Annahme des Coase-Theorems die Transaktionskosten null sind, real aber eben nicht zu vernachlässigen sind und einen besonderen Einfluss haben. Für *Eidenmüller* bedeutet dies, "(i) dass, das Recht einen Markt für Rechtspositionen zulassen muss, (ii) dass rechtliche Regeln Markttransaktionen erleichtern sollen und (iii), dass das Recht schließlich dort, wo Markttransaktionen an prohibitiv hohen Kosten scheitern, die marktmäßige Lösung simulieren soll."

Rechtspositionen sollen von den Beteiligten ausverhandelt werden können, damit bewirken sie eine effiziente Ressourcenallokation. Das Problem ist aber, dass eine vollständige Internalisierung aller externen Kosten nicht durch alleiniges Ausverhandeln erreicht werden kann. Die entsprechenden Rechtspositionen sind oft schwer (bzw nur mit erheblichem Aufwand der Informationsbeschaffung) vergleichbar. Hier wird auf die hypothetische Verhandlungslösung, die oft durch zwingende Regelungen in Erscheinung tritt, zurückgegriffen. Marktversagen beschreibt eine Situation, in der die Koordination über den Markt nicht zu einer optimalen Allokation der Ressourcen, im Sinne der Wohlfahrtsökonomik, führt. Das Recht ist bestrebt, im vorgegebenen Rahmen die Märkte zu schützen, zu erhalten und zu stabilisieren. Bestimmungen, welche die Anerkennung und somit die gerichtliche Durchsetzung von

Vertragsbestimmungen versagen (zwingendes Vertragsrecht), können den Marktmechanismus beeinflussen.

Ist der Marktmechanismus aus einem Grund gefährdet, können oft nur zwingende Bestimmungen helfen. Marktversagen tritt bei fehlender vollkommener Konkurrenz, bei opportunistischen Verhaltensweisen der Marktteilnehmer und bei nicht internalisierten externen Effekten auf. Asymmetrische Informationsverteilung ist auch eine Art des Marktversagens. Kein Marktversagen liegt vor, wenn verteilungspolitische Gesichtspunkte von einem Markt nicht berücksichtigt werden (auch wenn sie wünschenswert sind). Es ist eine gewisse Skepsis angebracht, wenn zwingendes Recht bloß allgemein mit Marktversagen begründet wird, ohne dass eine genauere Spezifizierung angeführt wird, wie sich dieses Marktversagen genau auswirkt und wie zwingendes Recht konkret dieses Marktversagen verhindern soll.

Neben den Methoden der klassischen Wohlfahrtsökonomie findet im Teil II dieser Arbeit eine Vorstellung der neueren Verhaltensökonomie (*Behavioral Economics*) statt. Es ist der Versuch, das Menschenbild der Ökonomie mit jenem der Psychologie wieder zu versöhnen. Komplexe Probleme lösen Menschen nicht mit der mathematischen Spieltheorie oder der Wahrscheinlichkeitsrechnung, sondern sie nehmen eine mentale Abkürzung bei der Lösung mit Hilfe sogenannter Heuristiken. Wichtig sind der Endowment-Effekt, der Framing-Effekt, die zeitinkonsistenten Präferenzen und das falsche Einschätzen von Wahrscheinlichkeiten.

Teil III

Zur Überwindung von Informationsdefiziten (und Verhinderung des Marktversagens) kann das Zivilrecht einen Beitrag leisten. Im Vertragsrecht finden sich Bestimmungen, die über ihre Informationsweitergabe-Funktion helfen, die Transaktionskosten zu senken und die Informiertheit der Vertragsparteien zu verbessern. *Stigler* hat sich mit der Informiertheit der Marktteilnehmer bezüglich der Produktpreise auf einem Markt auseinandergesetzt. Später hat sich *Akerlof* in diesem Zusammenhang mit Produktqualitäten und den Informationsökonomischen Hintergrund beschäftigt. Zwingendes Recht kann diesbezüglich sinnvoll sein, wenn es die Informationsweitergabe fördert. Falsch eingesetzt, kann es auch dazu kommen, dass die Informationsweitergabe erschwert wird.

Ist auf einem Markt nur die Durchschnittsqualität der angebotenen Leistungen bekannt, wird sich ein einheitlicher Durchschnittspreis bilden. Anbieter qualitativ höherwertiger Waren werden diese tendenziell nicht anbieten, da der Preis nicht zu erzielen ist. Gute Qualität wird aussortiert. (*Adverse Selection*). Das Recht soll diese Negativselektion verhindern. Eine *Signalling*-Aktivität (zB eine vertragliche Garantie) wäre geeignet einer Negativselektion entgegenzuwirken. Es kann auch zu einer überoptimalen Qualität der leicht beobachtbaren Produkteigenschaften und zu einer unteroptimalen Qualität der schwer beobachtbaren Produkteigenschaften kommen. Zwingende Bestimmungen, wie fest vorgegebene Gewährleistungsregeln (zB längere fixe Fristen), wären allgemein gerechtfertigt, da sie diese Negativselektion verhindern können. Es kann aber auch dazu kommen, dass sich die Anbieter von höherer Qualität, wegen der zwingenden Gewährleistung, nicht mehr (zB mit vertraglichen Garantien) von den Mitbewerbern abheben können, da ein Standard fix vorgegeben ist. Es kann dann wieder zur Negativselektion kommen.

Signalling (durch vertragliche Garantien) ist zur Erhöhung der allgemeinen Wohlfahrt geeignet, da höhere Qualitäten besser kommuniziert werden können. *Signalling* kostet aber auch etwas, sodass sich nicht dasselbe Wohlfahrtsniveau einstellen wird, wie in einer Situation vollkommener Information. Der Verlust für die allgemeine Wohlfahrt ist dabei umso größer, je höher die Kosten der Informationsübertragung durch das *Signalling* sind. Gesetzliche Maßnahmen wie

zwingende Bestimmungen können unter Umständen die Signalisierungskosten erhöhen und sich so wohlstandsmindernd auswirken. Für die Frage wie genau dieses *Signalling* wirken kann, muss auf Arbeiten zurückgegriffen werden, die dies mit Hilfe der Spieltheorie untersuchen. In einem kurzen Exkurs wurde daher die Spieltheorie, für den Zweck der Untersuchung, behandelt.

Aus der Spieltheorie kommt auch die *Signalling* Hypothese. Anbieter qualitativ guter Leistungen können günstig, hohe Garantien anbieten. Die Wahrscheinlichkeit aus der Garantie leistungspflichtig zu werden ist gering, daher ist sie relativ günstig. Kosten verursacht das Herstellen hoher Produktqualität. Für einen Anbieter qualitativ schlechter Leistung ist eine Garantie nicht attraktiv, selbst wenn er für einen Anbieter von guter Qualität gehalten wird, weil er das Signal nur imitiert. Die Kosten für die Garantie wären zu hoch, da die Wahrscheinlichkeit von Garantieleistungsfällen entsprechend gegeben wäre. Die Kosten für das *Signalling* und die Produktpreise bilden einen Kreislauf (*Spence: "Informational feedback in the job market"*), es kommt zu einem Gleichgewicht zwischen diesen beiden Aspekten.

Jedoch dürfte der ganze Kreislauf-Vorgang komplexer sein, als man vielleicht vermuten würde, da man bedenken muss, dass die Modelle alle von der REMM-Hypothese ausgehen. Auch sind noch keine Aspekte der Risikogeneignetheit der Beteiligten oder des *Moral Hazards* berücksichtigt.

Aspekte des *Signalings* sind in der Lehr- und der Kommentarliteratur zum österreichischen Gewährleistungsrecht nicht berücksichtigt. Für Verbraucher ist die Gewährleistung relativ zwingendes Recht. Nur durch die "Hintertür" der Leistungsbeschreibungen könnte eine Gewährleistungspflicht vermieden werden. Dort wird klarstellt, dass eine bestimmte, sonst gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft, fehlt. Dies könnte in der Folge dazu beitragen den Verkäufer zu einer Offenlegung seiner Leistung anzuhalten. Das Problem ist aber, dass Verbraucher bei einem komplexen Vertragsgegenstand nur schlecht abschätzen können, welche Folgen damit verbunden sind.

Mit Blick auf die Vermutungen der Vertragsmäßigkeit gem. Art 2 Abs 2 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, erblickt *Faber* den Zweck, dass der Verkäufer veranlasst werden soll, den Verbraucher entsprechend hinzuweisen, wenn das gewünschte Produkt den berechtigten Erwartungen des Käufers, nicht erfüllt. Als

Anreiz hierzu fungiert Art 2 Abs 3 der Richtlinie, wonach die Haftung des Verkäufers entfallen kann, wenn er den Verbraucher hinreichend informiert. Was auch damit in Einklang stehen würde, dass Informationspflichten im EG-Richtlinienrecht besonders häufig als adäquates Mittel für Verbraucherschutz Zwecke angesehen werden. Die Zulässigkeitsgrenzen von Leistungsbeschreibungen sind aus dem Gesichtspunkt des *Signallings* zu begrüßen, da Anreize geboten werden, auch wertsenkende Informationen zu offenbaren.

Die einschränkende Leistungsbeschreibung liegt dann vor, wenn der Mangel wirklich offenlegt wird und den Fehler konkret beschreibt. Dies muss auf eine solche Weise geschehen, dass der Übernehmer die Möglichkeit hat, die Tragweite zu erkennen und dies bei Vertragsabschluss berücksichtigen zu können. Nur dann bewirkt die Leistungsbeschreibung, dass der Verkäufer für den offen gelegten Mangel nicht haftet, weil wegen der Leistungsbeschreibung gar kein Mangel im Rechtssinn vorliegt.

Es wird somit auf die Möglichkeiten des Übernehmers abgestellt, ob eine Leistungsbeschreibung eine Offenlegung des Mangels bewirkt. Entscheidend ist also der Empfängerhorizont.

Aus der Sicht der Verhaltensökonomie, kann nun die *Prospect Theory*, (neue Erwartungstheorie) herangezogen werden. Sie beschreibt die Abweichungen vom Rationalverhalten, wie bspw der *Endowment*-Effekt, die Verlustaversionen, das falsche Einschätzen von Wahrscheinlichkeiten oder den Ankereffekt. Eine Grundannahme nach *Akerlof* ist, dass die Käufer eines Gebrauchtwagens, eine Vorstellung von der verfügbaren Durchschnittsqualität haben. Käufer werden aber, in Abweichungen vom Rationalverhalten, in überoptimistischer Haltung darauf vertrauen, dass ihre Auswahlfähigkeiten besser sind, als die Fähigkeiten der durchschnittlichen Autokäufer, (*overconfidence*). Sie werden ihre persönliche Wahrscheinlichkeit geringer einschätzen, was das Risiko betrifft, dass sich genau ihr gewählter Gebrauchtwagen als "Zitrone" herausstellen könnte (Kontrollillusion). Es kann dadurch eine Negativselektion gebremst werden. Verkäufer von qualitativ höherwertigen Autos werden sich nun doch auf den Markt trauen können. Es kommt so zu einem tatsächlichen Anstieg der Durchschnittsqualität, von den am

Markt angebotenen Autos. Ein Marktversagen durch die befürchtete negative Selektion wäre so mit Hilfe des Überoptimismus gebannt, aber auf Kosten jener Käufer, welche durch ihren Überoptimismus, ihre schlechten Erfahrungen machen mussten. Die Menge der Information, die zur Verfügung steht, hat einen Einfluss auf das Ausmaß des Überoptimismus: Je mehr Information zur Verfügung steht, desto zuversichtlicher ist man, eine Frage richtig beantwortet zu haben, auch wenn die Informationen nichts zur Lösung der Frage beitragen kann. *Kirstein/Kirstein* untersuchten in einem Experiment inwieweit sich der Effekt der negativen Selektion nach *Akerlof* einstellt, wenn nicht perfekt rationale Käufer agieren. Sie konnten belegen, dass beschränkt rationale Käufer die gefürchteten Ineffizienzen am Markt, die durch negative Selektion entstehen können, verhindern. In Summe führt diese beschränkte Rationalität der Käufer bei diesen zu Verlusten. Diesem Marktversagen aufgrund beschränkter Rationalität könnte eine zwingend ausgestaltete gesetzliche Gewährleistung aber abhelfen.

LITERATURVERZEICHNIS

- Abegg Andreas*, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts (2003).
- Adams Michael*, Ökonomische Theorie des Rechts (2002).
- Adomeit Klaus*, Privatgesellschaft und das Arbeitsrecht, 303, in Riesenhuber (Hrsg), Privatgesellschaft (2007).
- Aichinger Georg*, Das "anonyme" Sicherungsmittel Eigentumsvorbehalt Maßnahmen für eine Offenkundigkeit, ZfRV 2010/37, 273-286.
- Akerlof George A*, The Market for the Lemons, Quarterly Journal of Economics 1970, 488-500.
- Apathy Peter*, Zivilrecht VII Erbrecht⁴ (2010).
- Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsgs)*, Ökonomische Analyse des Rechts (1993).
- Arrow Kenneth J*, Essays in the Theory of Risk-Bearing (1970).
- Bachmann Gregor*, Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 1/2008, 11-20.
- Bachmann Gregor*, Private Ordnung (2006).
- Baldus Christian*, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 1-31.
- Bannier Christina E.*, Vertragstheorie, Eine Einführung mit finanzökonomischen Beispielen und Anwendungen (2005).
- Bänsch Axel*, Käuferverhalten⁹ (2002).
- Bänsch Axel*, Verkaufspsychologie und Verkaufstechnik⁹ (2013).
- Basedow/Hopt/Zimmermann*, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts Bd II (2009).
- Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁷ (1999).
- Bechtold Stefan*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2009).
- Beck Hanno*, Behavioral Economics (2014).
- Behrens Peter*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986).
- Bianchi-Streit/Blackburne/Budde/Reitz/Sagnell/Schmied/Schorr*, Der Wirtschaftliche Nutzen der CERN-Aufträge an die Industrie (Zweite Studie) (1985).
- Böhm-Bawerk Eugen*, Rechte und Verhältnisse vom Standpunkte der Volkswirtschaftlichen Güterlehre (1881).
- Brunner Georg*, Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Textsammlung, (1977).
- Bruns Alexander*, Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status, JZ 2007, 385-394.

- Bucher Eugen*, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen - Bemerkung zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze, in Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg Schweiz (Hrsg), Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag (1977).
- Bundeskanzleramt (Hrsg)*, Handbuch der Rechtssetzungstechnik – Teil I (1990).
- Bundesministerium für Justiz (Hrsg.)*, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl (2008), veröffentlicht im Bundesanzeiger vom 22. 10.2008, und im Internet abrufbar (26.11.2014): http://hdr.bmj.de/page_b.1.html#an_80 .
- Busche Jan*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999).
- Bydlinki Franz*, Begriffsjurisprudenz – so oder anders, in Richard Gamauf (Hrsg), Festschrift Herbert Hausmanninger zum 70. Geburtstag (2006), 69-91.
- Bydlinki Franz*, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988).
- Bydlinki Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2011).
- Bydlinki Franz*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967).
- Bydlinki Franz*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996).
- Bydlinki Franz*, Zu den dogmatischen Fragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1-46.
- Bydlinki Peter*, Grundzüge des Privatrechts⁸ (2010).
- Canaris Claus-Wilhelm*, Grundrechte im Privatrecht (1999).
- Christiane Wendehorst*, Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten? Zur möglichen Grundrechtswidrigkeit der Verbraucherrechterichtlinie, GPR 2015, 55-66.
- Clavara Selena*, Das Wesen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft - Teil I: Ehe, Zak 2013, 107-110.
- Coase Roland*, The Problem of Social Cost, Journal of Law & Economic 3/1960, 1-44.
- Cziupka Johannes*, Dispositives Recht, Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster (2009).
- Dauner-Lieb Barbara*, Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-Recht ihr Garant oder ihr Totengräber?, AnwBI 12/2013, 845-859.
- Dengler Andreas*, Probleme des Supermarktes, NZ 1983, 1-2.
- Doralt Peter/Koziol Helmuth*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf des Konsumentenschutzgesetzes (1979).
- Drexl Josef*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998).
- Ehrenzweig Armin*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. I (1951).
- Ehrlich Eugen*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch (1899).

Eidenmüller Horst, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Economics, JZ 5/2005, 216-224.

Eidenmüller Horst, Effizienz als Rechtsprinzip (1995).

Eidenmüller Horst, Kapitalgesellschaftsrecht im Spiegel der ökonomischen Theorie, JZ/2001, 1041-1051.

Emons Winand, Information, Märkte, Zitronen und Signale (zum Nobelpreis an George Akerlof, Michael Spence und Joseph Stiglitz), Wirtschaftsdienst 2001/IX, 664-448.

Emons Winand/von Hagen Jürgen, Asset Prices and Public Information: An Empirical Investigation in the Market for Automobiles, European Economic Review 35 (1991), 1529-1542.

Enderlein Wolfgang, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht (1996).

Englerth Markus, Behavioral Law and Economics: eine kritische Einführung, in Engel/Englerth uA, Recht und Verhalten (2007).

Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd I (1959).

Faber Wolfgang, Zur Richtlinie bezüglich Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter, JBI 1999/7, 413-484.

Fenyves Attila, KSchG und Gewährleistung, in Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981), 371-407.

Fleischer Holger, Der numerus clausus der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie, in *Eger/Bigus/Ott/Wagenheim (Hrsg)*, Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse – FS Bernd Schäfer (2008), 126-138.

Fleischer Holger, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001).

Fleischer Holger/Zimmer Daniel (Hrsg), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht (2011).

Floßmann Ursula, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁵ (2004).

Flume Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (Das Rechtsgeschäft)⁴ (1992).

Forgó Nikolaus, Zur möglichen Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger in Österreich, ZIR 2014, 357-363.

Frotz Gerhard, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in *Faistenberger (Hrsg)*, Gedenkschrift Franz Gschnitzer (1969), 163ff.

Füller Jens Thomas, Eigenständiges Sachenrecht? (2007).

Gelter Martin/Kristoffel Grechenig, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, RabelsZ 2008, 513-561.

Gelter Martin/Kristoffel Grechenig, Juristischer Diskurs und Rechtsökonomie, JRP 15 (2007), 30-41.

- Gierke Otto*, Deutsches Privatrecht Bd. I, Unveränderter Neudruck der ersten Auflage (1895).
- Gierke Otto*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag vom 5.4.1889, Nachdruck (1948).
- Graf Georg*, Vertrag und Vernunft – Eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrages (1997).
- Gratzl Florian*, Grundrechte als Grenzen der Marktfreiheiten (2011).
- Grossman Sanford*, The informational role of warranties and private disclosure about product quality, *Journal of Law and Economics* XXIV (1981), 461-483.
- Gschnitzer Franz*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (1966).
- Haberer Thomas*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009).
- Hermann Emmanuel*, Theorie der Versicherung (1879).
- Harrasowsky Ritter von Philipp Harras*, Geschichte der Codifikation des österreichischen Civilrechts (1869).
- Hausmanninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹ (2001).
- Heck Philipp*, Grundriss des Sachenrechts (1930).
- Hellgardt Alexander*, Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags, *AcP* 213 (2013), 760-825.
- Heiss Helmut*, Formmängel und ihre Sanktionen: eine privatrechtsvergleichende Untersuchung (1999).
- Hey Felix*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken (2004).
- Hicks J. R.*, The Foundations of Welfare Economics, *The Economic Journal* Vol. 49 No. 196 (1939), 696-712.
- Hofer Sibylle*, Freiheit ohne Grenzen? (2001).
- Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie⁷ (2009).
- Honsell Heinrich ua (Hrsg)*, Privatrecht und Methode – FS Ernst A. Kramer (2004).
- Jabornegg Peter*, Der Schutz der Umwelt durch das Zivilrecht, *VR* 1988, 37–57.
- Jud B./Wendehorst (Hrsg)*, Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa? (2009).
- Kähler Lorenz*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012).
- Kahneman Daniel*, Schnelles Denken, langsames Denken (2011).
- Kahneman/Amos/Tversky*, *Econometrica*, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica* 47/2 (1979), 263-291.

- Kahneman/Knetsch/Thaler*, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, *Journal of Political Economy* Vol. 98 (1990), 1325-1348.
- Kaldor Nicholas*, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, *The Economic Journal* Vol. 49 No. 195 (Sep.1939), 549-552.
- Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg)*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008).
- Kasser Max*, Das römische Privatrecht² Bd I (1971).
- Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg)*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart⁸ (2010).
- Kilian Wolfgang*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, *AcP* 180 (1980).
- Klein Franz*, Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB* (1911).
- Köbeli Patrizia*, Die ökonomische Analyse der Willensmängelregelung: nach amerikanischem und schweizerischem Recht (Diplomarbeit Universität St. Gallen) (2009).
- Kolba/Leupold*, Das neue Verbraucherrecht (2014).
- Körber Torsten*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2003).
- Korinek Karl*, Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht, *JBL* 1991, 409-420.
- Koziol/Rummel (Hrsg)*, Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski (2002).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd I¹³ (2006).
- Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Bd II¹³ (2007).
- Krejci Heinz (Hrsg)*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981).
- Krejci Heinz*, Privatrecht⁷ (2007).
- Krejci Heinz*, Unternehmensrecht⁴ (2008).
- Larenz Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd I¹⁴ (1987).
- Loretz/Mestel/Türk*, Institutionelle Fragen des CO₂-Handels am Beispiel des EU Emissionshandelssystems, *ÖBA* 2010, 802.
- Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg.)*, Kommentar zum AngG (2013).
- Mayer Heinz*, *Menschenrechte*, Grundfreiheiten und Privatautonomie, *Zak* 2011/463, 245.
- Medicus Dieter*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? (1994).
- Merli Franz*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, *JBf* 1994, 233-242.
- Möslein Florian*, Dispositives Recht, Zwecke, Strukturen und Methoden (2011).

- Nell Martin*, Garantien als Signale für die Produktqualität? Zfbf 51 (10/1999), 937-962.
- Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior (1944).
- Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie⁴ (2008).
- Noll Jürgen*, Das Prinzip des "cheapest cost avoider" in der Rechtsprechung des OGH - Beispiele aus jüngerer Zeit, AnwBl 2003, 471.
- Noll Jürgen*, Juristisch-ökonomische Anmerkungen zur Reform des Gewährleistungsrechts, Wirtschaft und Gesellschaft 2001, 531-537.
- Noll Jürgen*, Rechtsökonomie (Eine anwendungsorientierte Einführung) (2005).
- Öhlinger Theo*, Verfassungsrecht⁷ (2007).
- Pareto Vilfredo*, Manuale di economia politica, engl Manual of political economy (2014).
- Paul Stepan*, Ökonomie des Urheberrechts, juridikum 2007, 35-36.
- Pawlowski Hans-Martin*, Allgemeiner Teil des BGB² (1983).
- Perner Stefan*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013).
- Picker Eduard*, Die Privatgesellschaft und ihr Privatrecht, in Riesenhuber (Hrsg), Privatgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts (2007), 209-268.
- Pigou A. C.*, The Economics of Welfare (1924).
- Posner Richard A.*, Economic Analysis of Law⁷ (2007).
- Pratt John W*, Risk Aversion in the Small and in the Large, Econometrica (1966) Vol. 32 Nr. 1/2, 122-136.
- Priest George L.*, A Theory of the Consumer Product Warranty, The Yale Law Journal Vol 90 1981, 1297-1352.
- Raschauer Bernhard*, Wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit, ÖZW 1992/1, 11-20.
- Reif Alexandra*, Aus- und Einbau beim Austausch: Unterschiedliches Gewährleistungsrecht für Unternehmer und Verbraucher, RdW 2014, 382ff.
- Riedler Andreas*, Zivilrecht I Allgemeiner Teil⁵ (2010).
- Riedler Andreas*, Zivilrecht II Schuldrecht Allgemeiner Teil⁴ (2010).
- Riedler Andreas*, Zivilrecht V Sachenrecht³ (2010).
- Riedler Andreas*, Zivilrecht VI Familienrecht² (2010).
- Riesenhuber Karl (Hrsg)*, Privatgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts (2007).
- Riha Michael*, Ökonomische Analyse des Sachmängelgewährleistungsrechts des BGB (2007).

- Ringe Wolf-Georg*, Menügesetzgebung im Privatrecht, AcP 213 (2013), 98-127.
- Roth Stefan*, Screening- und Signaling-Modelle, WiSt 07/2001, 372-378.
- Röthel Anne*, Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010), 32-66.
- Rothschild/Stiglitz*, Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information, The Quarterly Journal of Economic Vol. 90 1976, 629-649.
- Rummel Peter (Hrsg)*, Kommentar zum ABGB³ (2002).
- Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts³ (1999).
- Scherrer Werner*, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (1948).
- Schibany/Gassler*, Nutzen und Effekte der Grundlagenforschung, Joanneum Research – Policies, Juni 2010.
- Schiereck Dirk*, Behavioral Economics und experimentelle Wirtschaftsforschung: Zum Nobelpreis an Daniel Kahnemann und Vernon Smith, Wirtschaftsdienst 11/2002, 694-700.
- Schlosser Hans*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte¹⁰ (2001).
- Schmolke Klaus Ulrich*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht (2014).
- Schön Wolfgang*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, 1190-1211, in *Heldrich/Prölss/Koller uA.*, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag.
- Schwander Ivo*, Was macht einen Rechtssatz zwingend oder dispositiv? in *Honsell ua (Hrsg)*, Privatrecht und Methode FS Ernst A. Kramer 2004, 399-410.
- Schwind Fitz*, Die Ehe im Spannungsfeld von zwingendem und nachgiebigem Recht, RabelsZ 1973, 217-228.
- Scitovszky T. De*, A Note on Welfare Propositions in Economics, The Review of Economic Studies, Vol. 9 No. 1 (Nov.1941), 77-88.
- Simon Herbert*, Economics, bounded rationality and the cognitive revolution (1992).
- Spence Michael*, The Quarterly Journal of Economics Vol 87 (1973), 355-374.
- Stabentheiner Johannes*, Mietrecht² (2007).
- Staudenmayer Dirk*, Das Grünbuch der Europäischen Kommission über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren für Verbraucher, AnwBl 2009, 157-162.
- Stigler George J.*, The Economics of Information, The Journal of Political Economy, Vol 69 Issue 3 (Jun. 1961), 213-225.
- Stiglitz Joseph E.*, The Theory of "Screening", Education and the Distribution of Income, The American Economic Review, Band 65 Nr 3 (Jun 1975), 283-300.

- Stöger Karl*, Das Erdölbevorratungsrecht als negatives Referenzgebiet für das Österreichische und Europäische Öffentliche Wirtschaftsrecht, ZfV 2009, 880-887.
- Storr Stefan*, Die österreichische Bundesverfassung - eine Hausbesichtigung, ZfV 2009, 530ff.
- Sumner Maine Henry*, Das alte Recht "Ancient Law", herausgegeben und übersetzt von Heiko Dahle (1997).
- Swoboda Ernst*, Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Eine systematische Darstellung für das Studium und für die Praxis (1944).
- Schweizer Mark*, Darstellungseffekt und Risikoverhalten im Zivilprozess, in Jusletter 7. März 2005.
- Torggler Hellwig*, Zur Bedeutung der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" im Zivilrecht, ÖZW 1986/4, 100-104.
- Tröger Tobias*, Arbeitsteilung und Vertrag (2012).
- Tscheulin/Schüpbach (Hrsg)*, Verhaltenswissenschaftliche Grundlagen in ökonomischen Systemen (2008).
- Tversky/Kahneman*, Choices, Values and Frames (2009).
- Unger Joseph*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (1876).
- Wagner Gerhard*, Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZEuP 2/2010, 243-278.
- Weber Max*, Wirtschaft und Gesellschaft⁵ (1972).
- Weber Stefan*, Der Markt als rechtliche Institution, JBL 1994, 792-810.
- Weigel Wolfgang*, Gedankensplitter zu einer rechtsökonomischen Analyse des verwaltungsstrafrechtlichen Tatbestands Betteln, JRP 2011, 81-91.
- Weigel Wolfgang*, Rechtsökonomik (2003).
- Wieacker Franz (Hrsg)*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1973).
- Wieacker Franz*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft in *Franz Wieacker (Hrsg)*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1973).
- Welser Rudolf*, Das Verschulden beim Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 284.
- Welser Rudolf*, Fachwörterbuch zum bürgerlichen Recht (2005).
- Welser/B. Jud*, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, 14. ÖJT Band II/1 (2000).
- Welser/B. Jud*, Zur Reform des Gewährleistungsrechts, 14. ÖJT Band II/2, (2002).
- Wiener Joshua Lyle*, Are Warranties Accurate Signals of Product Reliability? Journal of Consumer Research, Vol 12 (1985), 245-250.

Winner Martin, Ein gutes Jahrzehnt Übernahmerecht in Österreich - eine Würdigung, GesRZ 2010, 7-12.

Winner Martin, Wert und Preis im Zivilrecht (2007).

Winter Stefan, Grundzüge der Spieltheorie (2014).

Wolff Karl, Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts (1923).

Zeiler Franz von, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II/1 (1812).

Zimmermann Reinhard (Hrsg), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999).

Zöllner Wolfgang in Koziol (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Bydlinski, Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit (2002). 517–531.

Rechtsakte und Urteile

BVerfG (Deutschland), 19.10.1993, 1 BvR 567, 1044789, (Bürgschaftsfall).

BGBI. Nr. 279/1961 (Ratengesetz).

Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag 11.10.2011, KOM (2011) 635.

EGMR 30.141/04, Schalk und Kopf (Zak 2010/387, 22).

VfGH 9.10.2012, B 121/11 (Zak 2012/753).

VfGH 30.11.1989, VfSlg 12.227/1989.

RL 1999/44/EG des Rates v. 25.5.1999 zu Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs,
ABI L 171 v. 7.7.1999, 12.

RL 2011/83/EU des Rates v. 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher,
ABI L 304/64 v. 22.11.2011.

OGH 1 Ob 191/75 (SZ 48/102 1975).

OGH 1 Ob 745/79 (JBI 1981 203-205, Wilhelm Georg).

Internetquellen

Die Presse vom 26.10.2014 (zuletzt aufgerufen am 23.3.2016)

http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4197266/Rucktrittsrecht-fur-Konsumenten-muss-vor-das-Hochstgericht?_vl_backlink=/home/recht/index.do

Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, veröffentlicht im Bundesanzeiger vom 22. 10.2008, und im Internet abrufbar (zuletzt aufgerufen am 26.11.2014): http://hdr.bmj.de/page_b.1.html#an_80